DYSKRYMINACJA POŚREDNIA

W PRAWIE UNII EUROPEJSKIEJ

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

Justyna Maliszewska-Nienartowicz

DYSKRYMINACJA POŚREDNIA

W PRAWIE UNII EUROPEJSKIEJ

Stan prawny na dzień
5 listopada 2012 roku

Wydawnictwo Naukowe
Uniwersytetu Mikołaja Kopernika

Toruń 2012

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

Recenzent
Prof. dr hab. Andrzej Wróbel

Opracowanie redakcyjne
Mirosława Buczyńska

Projekt okładki
Krzysztof Skrzypczyk

Projekt został sfinansowany ze środków
Narodowego Centrum Nauki przyznanych na podstawie decyzji
numer DEC-2011/01/B/HS5/00965

Printed in Poland
© Copyright by Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu Mikołaja Kopernika
Toruń 2012

ISBN 978-83-231-2904-2

WYDAWNICTWO NAUKOWE UNIWERSYTETU MIKOŁAJA KOPERNIKA
ul. Gagarina 5, 87-100 Toruń
Redakcja: tel. (56) 611 42 95; fax (56) 611 47 05
e-mail: wydawnictwo@umk.pl
Dystrybucja: ul. Reja 25, 87-100 Toruń
tel./fax (56) 611 42 38, e-mail: books@umk.pl
www.wydawnictwoumk.pl
Druk: Wydawnictwo Naukowe UMK

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

Równość nie jest jedynie politycznym ideałem ani dążeniem, lecz jedną z podstawowych zasad prawa wspólnotowego [...] Dla ustalenia, czego równość wymaga, warto przypomnieć wartości leżące u podstaw równości. Są to ludzka godność i osobista autonomia. Jako absolutne minimum ludzka godność oznacza uznanie równej wartości każdej osoby. Życie danej osoby jest cenne przez sam fakt, że ktoś jest człowiekiem, i żadne życie nie jest mniej wartościowe niż inne.

Rzecznik Generalny M. Poiares Maduro, opinia z 31 stycznia 2008 r. w sprawie *S. Coleman*, C-303/06.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

Spis treści

Wykaz skrótów 11
Wstęp 13

Rozdział I
Pojęcia związane z dyskryminacją pośrednią i ich regulacja w prawie UE

1. Uwagi wstępne 25
2. Równość 27
2.1. Koncepcje równości 27
2.2. Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości 35
2.3. Regulacje prawa pierwotnego odnoszące się do równości 48
3. Dyskryminacja 65
3.1. Istota dyskryminacji 65
3.2. Formy dyskryminacji 74
3.3. Regulacje dotyczące dyskryminacji zawarte w Traktatach – art. 18 i 19 TFUE 84
3.4. Zakaz dyskryminacji w prawie wtórnym UE 92
4. Kryteria dyskryminacji 114
4.1. Przynależność państwowa (obywatelstwo) 114
4.2. Płeć 120
4.3. Pochodzenie rasowe lub etniczne 122
4.4. Religia lub przekonania 125
4.5. Niepełnosprawność 127
4.6. Wiek 132
4.7. Orientacja seksualna 143

Rozdział II
Ewolucja koncepcji dyskryminacji pośredniej w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości oraz w prawie wtórnym UE

1. Źródła zakazu dyskryminacji pośredniej w prawie międzynarodowym i krajowym 151
1.1. Pierwsze regulacje prawa międzynarodowego publicznego 151

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

1.2. Doktryna „zróżnicowanego wpływu" (ang. *disparate impact doctrine*) w prawie amerykańskim – wyrok w sprawie Griggs v. Duke Power Co 153
1.3. Regulacje prawne obowiązujące w Zjednoczonym Królestwie oraz Irlandii 156

2. Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości 157
2.1. Pierwsze odwołania do dyskryminacji pośredniej – wyroki w sprawach *Geitling, Ugliola, Sabbatini, Sotgiu* i *Defrenne II* 157
2.2. Orzecznictwo dotyczące dyskryminacji pośredniej ze względu na przynależność państwową 167
2.2.1. Rozstrzygnięcia odnoszące się do polityki rolnej oraz swobody przepływu osób i usług (1976–1995) 167
2.2.2. Zastosowanie ogólnej koncepcji dyskryminacji pośredniej w szczególnych obszarach: opodatkowanie bezpośrednie i prawo transportowe 186
2.2.3. Doprecyzowanie koncepcji dyskryminacji pośredniej ze względu na przynależność państwową – wyrok w sprawie *O'Flynn* 194
2.2.4. Wnioski dotyczące rozwoju dyskryminacji pośredniej ze względu na przynależność państwową w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości 199
2.3. Orzecznictwo dotyczące dyskryminacji pośredniej ze względu na płeć 202
2.3.1. Wyroki w sprawach *Jenkins* i *Bilka* 202
2.3.2. Ocena regulacji państw członkowskich – wyroki w sprawach *Teuling* i *Rinner-Kühn* 212
2.3.3. Dalszy rozwój koncepcji dyskryminacji pośredniej ze względu na płeć 216
2.3.4. Wnioski dotyczące rozwoju dyskryminacji pośredniej ze względu na płeć w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości 239

3. Regulacja dyskryminacji pośredniej w prawie wtórnym UE 245
3.1. Definicja przyjęta w dyrektywie Rady 97/80 dotyczącej ciężaru dowodu w sprawach dyskryminacji ze względu na płeć 245
3.2. Definicja zawarta w dyrektywie 2000/43 wprowadzającej w życie zasadę równego traktowania osób bez względu na pochodzenie rasowe lub etniczne 249
3.3. Definicja zawarta w dyrektywie 2000/78 ustanawiającej ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy 255

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

3.4. Zmiana definicji dyskryminacji pośredniej ze względu na płeć – regulacje dyrektyw 2002/73, 2004/113 i 2006/54 260
3.5. Ocena rozwiązań prawnych przyjmowanych w kolejnych aktach prawa wtórnego 264

Rozdział III

Istota dyskryminacji pośredniej i jej relacje ze zbliżonymi koncepcjami prawnymi

1. Elementy występujące w ramach koncepcji dyskryminacji pośredniej 267
1.1. Oparcie na pozornie neutralnym kryterium 267
1.2. Negatywny wpływ środka na grupę chronioną 270
1.2.1. Wprowadzenie 270
1.2.2. Sprawy dotyczące dyskryminacji pośredniej ze względu na przynależność państwową 273
1.2.3. Sprawy dotyczące równego wynagrodzenia kobiet i mężczyzn za tę samą pracę 280
1.2.4. Sprawy dotyczące zabezpieczenia społecznego kobiet i mężczyzn 291
1.2.5. Ocena „szczególnie niekorzystnej sytuacji" w świetle regulacji dyrektywy 2000/78 (na przykładzie dyskryminacji ze względu na orientację seksualną) 294
1.2.6. Wnioski dotyczące oceny negatywnego wpływu środka 298
1.3. Obiektywne uzasadnienie: cel zgodny z prawem 300
1.3.1. Wprowadzenie 300
1.3.2. Ocena obiektywnego uzasadnienia w sprawach dotyczących środków państw członkowskich 306
1.3.3. Ocena obiektywnego uzasadnienia w sprawach dotyczących środków pracodawców 312
1.4. Proporcjonalność środków służących realizacji celu zgodnego z prawem 321
1.4.1. Wprowadzenie 321
1.4.2. Ocena proporcjonalności w sprawach dotyczących dyskryminacji pośredniej ze względu na przynależność państwową 325
1.4.3. Ocena proporcjonalności środków państw członkowskich w sprawach dotyczących dyskryminacji pośredniej ze względu na płeć 332
1.4.4. Ocena proporcjonalności środków pracodawców w sprawach dotyczących dyskryminacji pośredniej ze względu na płeć 338

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

2. Relacje dyskryminacji pośredniej ze zbliżonymi koncepcjami prawnymi 341
2.1. Dyskryminacja pośrednia i bezpośrednia 341
2.1.1. Różnice między obiema koncepcjami prawnymi 341
2.1.2. Rola kryterium w rozgraniczaniu dyskryminacji bezpośredniej i pośredniej 345
2.1.3. Znaczenie skutku środka dla jego kwalifikacji jako bezpośrednio lub pośrednio dyskryminującego 350
2.1.4. Zakres uzasadnienia – decydujący czynnik przy odróżnianiu dyskryminacji bezpośredniej i pośredniej? 357
2.2. Dyskryminacja pośrednia a ograniczenia w ramach swobód rynku wewnętrznego 365
2.2.1. Pierwsze rozstrzygnięcia Trybunału Sprawiedliwości odnoszące się do ograniczeń 365
2.2.2. Ugruntowanie podejścia opartego na koncepcji ograniczeń 369
2.2.3. Próba rozgraniczenia koncepcji dyskryminacji pośredniej i ograniczeń 374
Uwagi końcowe 387
Wykaz aktów prawnych 401
Wykaz orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości 405
Wykaz literatury 421
Indirect Discrimination in the European Union Law (Summary) 437

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

Wykaz skrótów

Dz. Urz.	–	Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej
ECR	–	European Court Reports (Zbiór Orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej)
EKPCZ	–	Europejska Konwencja Praw Człowieka i Podstawowych Wolności
ETPCZ	–	Europejski Trybunał Praw Człowieka
EWEA	–	Europejska Wspólnota Energii Atomowej
EWG	–	Europejska Wspólnota Gospodarcza
EWWiS	–	Europejska Wspólnota Węgla i Stali
PE	–	Parlament Europejski
STSM	–	Stały Trybunał Sprawiedliwości Międzynarodowej
TEWG	–	Traktat ustanawiający Europejską Wspólnotę Gospodarczą
TEWWiS	–	Traktat ustanawiający Europejską Wspólnotę Węgla i Stali
TFUE	–	Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej
TS	–	Trybunał Sprawiedliwości
TS UE	–	Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej
TUE	–	Traktat o Unii Europejskiej
TWE	–	Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską
UE	–	Unia Europejska
WE	–	Wspólnota Europejska

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

Wstęp

Zakaz dyskryminacji odgrywa niezmiernie ważną rolę w prawie UE, obejmuje przy tym nie tylko jej bezpośrednie, ale również pośrednie formy. Dyskryminacja pośrednia nie była jednak i nadal nie jest uregulowana w prawie pierwotnym, ale została rozwinięta przez Trybunał Sprawiedliwości w jego orzecznictwie w celu zapewnienia skuteczności wspólnotowym (obecnie unijnym) regulacjom antydyskryminacyjnym. Czerpał on inspirację z orzecznictwa amerykańskiego Sądu Najwyższego oraz regulacji krajowych przyjętych w Zjednoczonym Królestwie i Irlandii dotyczących tej koncepcji, choć zarazem wprowadził do niej nowe, oryginalne elementy. Dyskryminacja pośrednia ma zatem swój rodowód w systemie *common law*, a za pośrednictwem orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości oraz przyjętych następnie regulacji prawa wtórnego UE została wprowadzona do systemów prawa kontynentalnego, w tym prawa polskiego[1]. Jak wynika jednak z pytań wstępnych zadawanych przez sądy z różnych państw członkowskich, jej stosowanie w praktyce rodzi poważne problemy. Dlaczego tak się dzieje?

[1] W doktrynie zauważa się, że wprowadzenie tego pojęcia w większości systemów prawnych państw członkowskich było zabiegiem na skalę rewolucyjną, bowiem za wyjątkiem Wielkiej Brytanii i Irlandii była to całkowicie nowa instytucja prawna. Por. M. Domańska, *Zasada równości (zakaz dyskryminacji)*, [w:] *Stosowanie prawa Unii Europejskiej przez sądy*, A. Wróbel (red.), Warszawa 2010, s. 195.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

Przede wszystkim ze względu na to, że dyskryminacja pośrednia nawiązuje do kryteriów neutralnych, które nie są wyraźnie zakazane, ale ich zastosowanie wywiera niekorzystny wpływ na grupę osób chronionych przez zakaz dyskryminacji. Koncentruje się zatem na skutku danej regulacji, warunku czy praktyki, a to wymaga przeprowadzenia oceny w szerszym kontekście gospodarczym i społecznym. Ponadto, jak wynika z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości oraz regulacji prawa wtórnego, pośrednio dyskryminujący środek można uzasadnić zgodnym z prawem celem, przy czym należy go osiągnąć za pomocą właściwych i niezbędnych metod. W przypadku dyskryminacji pośredniej szczególne znaczenie ma zatem ustalenie rezultatu stosowania danych regulacji czy praktyk oraz przeprowadzenie dwóch testów tzw. obiektywnego uzasadnienia oraz proporcjonalności.

Analiza tych wszystkich czynników następuje w procesie stosowania prawa Unii Europejskiej, a więc w istocie przed organami krajowymi. Nie jest to jednak łatwe zadanie i dlatego w przypadku trudności należy sięgać do rozstrzygnięć Trybunału Sprawiedliwości, które dostarczają ważnych wskazówek w tym zakresie.

Dlatego też niniejsza praca koncentruje się na analizie zagadnień prawnych i praktycznych związanych z dyskryminacją pośrednią w prawie Unii Europejskiej. Należy również podkreślić, że prawodawstwo unijne dotyczące zakazu dyskryminacji, czy szerzej zasady równości, podlega stałemu rozwojowi. Właśnie ta dynamika regulacji, a zarazem ich duże praktyczne znaczenie przesądziły o wyborze przedmiotu badań. Jeśli do tego dodamy bogactwo rozstrzygnięć sądów unijnych, to nie można mieć wątpliwości, że jest to ważny, aktualny, a zarazem inspirujący obszar badań. Ich wyniki powinny przyczynić się do lepszego zrozumienia problemu dyskryminacji pośredniej, a być może też do pełniejszego przestrzegania standardów unijnych, które jej dotyczą.

Dotychczasowy stan badań w tym zakresie w polskiej literaturze nie jest bowiem wystarczający. Samo zjawisko dyskryminacji, zwłaszcza ze względu na przynależność państwową oraz płeć, jest stosunkowo często podejmowanym przedmiotem zarówno przez autorów polskich, jak i zagranicznych. W polskiej literaturze odnajdziemy pu-

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

blikacje m.in. A. Zalasińskiego[2] oraz I. Boruty[3]. Podobnie w literaturze zagranicznej występują takie ogólne opracowania autorstwa np. S. Fredman[4], M. Bella[5], E. Ellis[6], czy też T. Loenen, P.R. Rodruigesa[7]. Brakuje natomiast w literaturze polskiej takiej pozycji, która w syntetyczny sposób przedstawiałaby zagadnienia związane z zakazem dyskryminacji pośredniej i to z różnych względów[8]. Tymczasem kwestie te są już od jakiegoś czasu podejmowane w literaturze zagranicznej. Z ważniejszych opracowań obcojęzycznych można wymienić np. prace Ch. Tobler[9], D. Schiek[10], S. Prechal[11] czy A. Wengdahl[12]. Należy zatem zauważyć, że kompleksowe opracowanie zagadnień związanych z zakazem dyskryminacji pośredniej w świetle standardów UE ma w Polsce charakter nowatorski. Natomiast uwzględniając dorobek przedstawicieli doktryny z innych państw, można mówić o kontynu-

[2] A. Zalasiński, *Zakaz dyskryminacji w sferze podatków bezpośrednich w prawie podatkowym Wspólnoty Europejskiej*, Warszawa 2006.

[3] I. Boruta, *Równość szans dla kobiet i mężczyzn w pracy w świetle prawa Wspólnoty Europejskiej. Implikacje dla Polski*, Łódź 1996.

[4] S. Fredman, *Discrimination Law*, Oxford 2011.

[5] M. Bell, *Anti-discrimination Law and the European Union,* Oxford 2002.

[6] E. Ellis, *EU Anti-Discrimination Law*, Oxford 2005.

[7] T. Loenen, P.R. Rodruiges (red.), *Non-discrimination Law: Comparative Perspectives*, Martinus Nijhoff 1999.

[8] Odnajdziemy jednak artykuły polskich autorów dotyczące niektórych aspektów dyskryminacji pośredniej, jak choćby I. Boruta, *Dyskryminacja pośrednia w pracy ze względu na płeć*, „Studia Prawno-Europejskie", M. Seweryński (red.), Łódź 1996, czy M. Wandzel, *Czy można usprawiedliwić dyskryminację pośrednią? Sposoby weryfikacji zarzutu dyskryminacji pośredniej w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w Luksemburgu*, „Studia z Zakresu Prawa Pracy" 2001/2002.

[9] Ch Tobler, *Indirect Discrimination. A Case Study into the Development of the Legal Concept of Indirect Discrimination under EC Law*, Intersentia 2005, Idem, *Limits and Potential of the Concept of Indirect Discrimination*, European Commission. Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Unit G2, Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities 2008.

[10] D. Schiek, *Indirect Discrimination*, [w:] *Cases*, *Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, D. Schiek, L. Waddington, M. Bell (red.), Oxford 2007.

[11] S. Prechal, *Combating Indirect Discrimination in the Community Law Contex*t, „Legal Issues of European Integration" 1993, t. 20, nr 1.

[12] A. Wengdahl, *Indirect Discrimination and the European Court of Justice*, CFE Working Paper Series 2001.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

acji badań, które uwzględniają dotychczasowy stan wiedzy w tym zakresie, a jednocześnie przyczyniają się do jej dalszego rozwoju. Wiąże się to z tym, że prawodawstwo unijne dotyczące dyskryminacji ma charakter dynamiczny i jest stale rozbudowywane. W związku z tym wcześniejsze publikacje dotyczące dyskryminacji pośredniej nie uwzględniają zarówno aktualnie obowiązujących regulacji (m.in. postanowień Traktatu z Lizbony), jak i najnowszego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE.

Należy zauważyć, że mamy do czynienia ze stałym wzrostem zaangażowania UE w walkę z wszelkimi formami dyskryminacji. Wskazują na to choćby postanowienia traktatowe, w których odnajdziemy coraz więcej odwołań do równości i zakazu dyskryminacji ze względu na różne kryteria. Od początku funkcjonowania Wspólnot Europejskich zakaz dyskryminacji był obecny w jej regulacjach, przy czym najpierw kierowano się głównie czynnikami ekonomicznymi oraz potrzebą zapewnienia swobody przepływu osób i wolnej konkurencji. Następnie uwzględniono ogólnie rozumiane cele społeczne, co jest widoczne zwłaszcza w prawodawstwie i orzecznictwie dotyczącym niedyskryminacji ze względu na płeć. Wreszcie Unia podjęła zobowiązanie do ochrony praw podstawowych swoich obywateli, co znalazło wyraz m.in. w uwzględnieniu w art. 13 TWE (obecnie art. 19 TFUE) nowych kryteriów dyskryminacji, takich jak pochodzenie rasowe lub etniczne, religia lub światopogląd, niepełnosprawność, wiek lub orientacja seksualna, a następnie w przyjęciu Karty Praw Podstawowych i nadaniu jej statusu prawa pierwotnego. Ewolucja regulacji oraz orzecznictwa dotyczącego dyskryminacji ma wpływ również na jej pośrednią formę.

Można zatem postawić następującą hipotezę: o ile dyskryminacja pośrednia pierwotnie odgrywała główną rolę w kontekście wspólnego rynku i swobód traktatowych oraz zapewnienia równości kobiet i mężczyzn, zwłaszcza w dziedzinie wynagrodzenia, to aktualnie w pierwszym ze wskazanych obszarów straciła na znaczeniu, a jej miejsce zajęła koncepcja tzw. ograniczeń. Nadal jednak odgrywa ona ważną rolę w kontekście walki z dyskryminacją ze względu na płeć oraz nowe kryteria, do których odnosi się regulacja art. 19 TFUE. Na-

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

leży zatem stwierdzić, że koncepcja ta wciąż jest potrzebna zarówno w prawie UE, jak i krajowym, przede wszystkim z tego względu, że uzupełnia dyskryminację bezpośrednią, mając na uwadze zapewnienie równości materialnej (faktycznej).

Kolejna hipoteza wskazuje, że choć formuła dyskryminacji pośredniej zawiera dwa zasadnicze elementy: pozornie neutralny środek, który nie opiera się na zakazanym kryterium, ale w praktyce wywiera on niekorzystny wpływ na grupę chronioną oraz obiektywne uzasadnienie (istnienie prawnie uzasadnionego celu i zgodność zastosowanego środka z zasadą proporcjonalności), to jednak są one stosowane w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości w różny sposób, w zależności od rodzaju spraw, które są poddane jego ocenie. Pojawia się jednak pytanie, czy takie zróżnicowane podejście jest uzasadnione, skoro w aktach prawa wtórnego występuje jedna definicja omawianej koncepcji?

Trzecia hipoteza odnosi się natomiast do wykorzystania możliwości, jakie stwarza przyjęta formuła dyskryminacji pośredniej, wskazując, że duże znaczenie w tym zakresie ma sposób jej stosowania; a zatem istotną rolę w wykorzystaniu jej potencjału odgrywają sądy, w tym Trybunał Sprawiedliwości. Należy zauważyć, że koncepcja ta pozwala na poddanie ocenie wielu środków, które mają niekorzystny wpływ na grupę osób chronionych, a tym samym może przyczyniać się do zwalczania strukturalnych form dyskryminacji, mających utrwalony charakter, np. odnoszących się do zatrudnienia w niepełnym wymiarze czasu pracy. Ponadto posiada ten walor, że nie wymaga się wykazania, że miała ona zamierzony charakter. Potencjał dyskryminacji pośredniej może jednak zostać osłabiony przez takie czynniki, jak wysokie standardy odnoszące się do wykazania niekorzystnego wpływu, zbyt szerokie możliwości uzasadnienia przyjmowanych środków oraz reguły dowodowe nadmiernie obciążające powodów[13]. W związku z tym należy postawić pytanie, jak do tych trzech aspektów

[13] Słusznie zwraca na to uwagę T. Loenen: *Indirect Discrimination: Oscillating Between Containment and Revolution*, [w:] *Non-discrimination Law: Comparative Perspectives*, T. Loenen, P. Rodrigues (red.), Martinus Nijhoff 1999, s. 211.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

odnosi się Trybunał Sprawiedliwości? Czy jego orzecznictwo sprzyja, czy wręcz przeciwnie niekiedy osłabia skuteczność tego ważnego narzędzia walki z dyskryminacją?

W celu weryfikacji przyjętych hipotez i odpowiedzi na pytania badawcze wykorzystano kilka metod badawczych. Dominować będzie metoda dogmatyczno-prawna, polegająca na analizie przepisów prawa unijnego – pierwotnego, a zatem regulacji Traktatów i Karty Praw Podstawowych, oraz wtórnego, czyli regulacji najważniejszych dyrektyw dotyczących zakazu dyskryminacji[14]. Analizie zostaną poddane także najbardziej istotne rozstrzygnięcia Trybunału Sprawiedliwości UE odnoszące się do dyskryminacji pośredniej[15] oraz dostępna literatura przedmiotu. W pewnym zakresie zastosowane zostanie podejście historyczne, ponieważ przeanalizowana zostanie ewolucja regulacji prawa wspólnotowego/unijnego oraz orzecznictwa dotyczącego dyskryminacji pośredniej. Ponadto w zakresie, w jakim będą analizowane rozstrzygnięcia Trybunału Sprawiedliwości, znajdzie zastosowanie metoda funkcjonalna. Podjęta zostanie bowiem próba ukazania, jak omawiana koncepcja „funkcjonuje" w praktyce.

Praca składa się z trzech rozdziałów, które dzielą się na podrozdziały i mniejsze jednostki redakcyjne. Pierwszy z nich stanowi wprowadzenie do problematyki dyskryminacji pośredniej, bowiem zostaną w nim omówione najważniejsze koncepcje prawne, z którymi jest ściśle związana. Należy do nich niewątpliwie równość, która nie jest jednak łatwym do zdefiniowania pojęciem, a w doktrynie uznaje się ją za jedną z najbardziej zawiłych i wieloznacznych kategorii, budzących przy tym duże emocje[16]. Dlatego ta część pracy zawiera próbę przybliżenia koncepcji równości, jakie występują w literaturze przedmiotu, a następnie przedstawione jest orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości dotyczące tego zagadnienia. Ma ono charakter ewolucyjny od

[14] Ich wykaz znajduje się na końcu pracy.

[15] W pracy wykorzystane zostaną orzeczenia z lat 1957–2012, dostępne na stronie internetowej curia.europa.eu, ich wykaz znajduje się na końcu pracy.

[16] Por. I. Boruta, *Równość kobiet i mężczyzn w pracy w świetle prawa Wspólnoty Europejskiej...*, s. 13 oraz G. Barrett, *Re-examining the Concept and Principle of Equality in EC Law*, „Yearbook of European Law" 2003, t. 22, s. 120.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

dość formalnego podejścia aż po pierwsze rozstrzygnięcia, w których równość jest ujmowana w kategoriach materialnych, choć głównie dotyczy to równości płci. Na zmianę stanowiska Trybunału Sprawiedliwości niewątpliwie miały wpływ postanowienia kolejnych Traktatów. Dlatego są one przedstawione w kolejnym punkcie rozdziału ze szczególnym naciskiem na regulacje przyjęte w tym zakresie przez Traktat z Lizbony oraz Kartę Praw Podstawowych.

Drugą kategorią pojęciową, która stanowi przedmiot rozważań tej części pracy, jest dyskryminacja, w tym jej istota oraz formy. Przybliżenie tych zagadnień jest niezbędne dla lepszego zrozumienia, na czym polega dyskryminacja pośrednia oraz dlaczego należało ją uwzględnić w ramach przepisów antydyskryminacyjnych. Następnie omówiono najważniejsze postanowienia traktatowe dotyczące zakazu dyskryminacji, a zatem zawarte w art. 18 i 19 TFUE. Ostatni punkt tego podrozdziału zawiera rozważania dotyczące zakazu dyskryminacji ze względu na poszczególne kryteria w prawie wtórnym. Są w nim ogólnie scharakteryzowane najważniejsze dyrektywy odnoszące się do tego zagadnienia. Podobnie jak w przypadku orzecznictwa, można dostrzec ewolucję postanowień kolejnych aktów prawa wtórnego, w tym w kierunku definiowania podstawowych form dyskryminacji.

W związku z tym, że przynależność do określonej kategorii osób, która została inaczej potraktowana, jest istotnym elementem oceny danego postanowienia czy praktyki, ostatnim problemem wymagającym omówienia, są kryteria stanowiące podstawę zakazanej dyskryminacji, a zatem przynależność państwowa (obywatelstwo), płeć, pochodzenie rasowe lub etniczne, religia lub przekonania, niepełnosprawność, wiek oraz orientacja seksualna. Ich przedstawienie jest istotne również z tego względu, że w prawie unijnym nie korzystają one z jednakowej ochrony. Występuje tu wewnętrzna hierarchia, w ramach której zakaz dyskryminacji ze względu na wiek ma najwęższy zakres. To zaś ma wpływ również na zasięg obowiązywania zakazu dyskryminacji pośredniej na podstawie poszczególnych kryteriów.

Rozdział drugi koncentruje się na ewolucji dyskryminacji pośredniej zarówno w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości, jak i regulacji aktów prawa wtórnego UE. Koncepcja ta ma swoje korzenie

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

zarówno w prawie międzynarodowym, jak i krajowym. Dlatego najpierw są przedstawione pierwsze regulacje prawa międzynarodowego publicznego, które wprost, bądź też jedynie pośrednio się do niej odnosiły. Jak już wskazywano, duży wpływ na ukształtowanie koncepcji dyskryminacji pośredniej i jej wprowadzenie do wspólnotowego porządku prawnego miał system *common law*, a zwłaszcza rozstrzygnięcie amerykańskiego Sądu Najwyższego z 1971 roku w sprawie *Griggs*. Sformułowana w nim doktryna „zróżnicowanego wpływu" (ang. *disparate impact doctrine*) jest przedmiotem rozważań w kolejnym punkcie pierwszego podrozdziału. Omówiono tu także pierwsze definicje legalne dyskryminacji pośredniej, przyjęte najpierw w Zjednoczonym Królestwie, a następnie w Irlandii.

Po przedstawieniu międzynarodowych oraz krajowych źródeł zakazu dyskryminacji pośredniej analizie poddano pierwsze rozstrzygnięcia Trybunału Sprawiedliwości, w których odniósł się do tej koncepcji. Są to wyroki[17] w sprawach *Geitling*, *Ugliola, Sabbatini, Sotgiu* i *Defrenne II*, z których pierwszy odnosił się do zakazu dyskryminacji między producentami i został wydany na podstawie TEWWiS, a kolejne dotyczyły zarówno zakazu dyskryminacji ze względu na przynależność państwową, jak i na płeć. Warto zauważyć, że w wyroku w sprawie *Sotgiu* Trybunał potwierdził wyraźnie, że równość traktowania wiąże się nie tylko z zakazem jawnej dyskryminacji ze względu na przynależność państwową, ale również wszystkich ukrytych jej form, które przez zastosowanie innych kryteriów różnicowania, faktycznie prowadzą do tego samego rezultatu. Mimo posłużenia się nieco inną terminologią, podjęta została pierwsza próba zdefiniowania dyskryminacji pośredniej. Do tej formuły Trybunał konsekwentnie odwoływał się w swoim późniejszym orzecznictwie dotyczącym dyskryminacji pośredniej ze względu na przynależność państwową. Były one wydawane w różnych obszarach, przede wszystkim jednak w dziedzinie swobody przepływu osób i usług. Pewną specyfikę wykazywały natomiast rozstrzygnięcia dotyczące opodatkowania bezpośredniego

[17] Szczegółowe dane dotyczące wyroków przywołanych we wstępie są podane w treści rozdziału. Ponadto ich wykaz znajduje się na końcu pracy.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

i prawa transportowego. Dlatego też są one omówione w osobnym punkcie drugiego podrozdziału. Doprecyzowanie koncepcji dyskryminacji pośredniej ze względu na przynależność państwową nastąpiło w wyroku z 1996 roku w sprawie *O'Flynn*. Wynikało z niego, że zawiera ona dwa zasadnicze elementy: pozornie neutralny środek, który nie opiera się na zakazanym kryterium, jednakże w praktyce wywiera on niekorzystny wpływ na grupę chronioną oraz obiektywne uzasadnienie, wiążące się z istnieniem prawnie uzasadnionego celu i zgodnością zastosowanego środka z zasadą proporcjonalności.

Równolegle do rozstrzygnięć odnoszących się do dyskryminacji pośredniej ze względu na przynależność państwową wydawane były te, które dotyczyły płci. Są one przedstawione w kolejności chronologicznej, poczynając od dwóch o przełomowym charakterze, czyli wyroku z 1981 roku w sprawie *Jenkins* oraz z 1986 roku w sprawie *Bilka*, które dotyczyły środków stosowanych przez pracodawców. W kolejnych rozstrzygnięciach Trybunał odniósł się również do regulacji stosowanych przez państwa członkowskie, potwierdzając tym samym, że i one mogą być źródłem dyskryminacji pośredniej ze względu na płeć. Co ciekawe, ogólny opis tej koncepcji znalazł się dopiero w wyroku z 1999 roku w sprawie *Seymour-Smith*, gdzie Trybunał wskazał, iż zasada równego wynagrodzenia „wyklucza nie tylko zastosowanie postanowień prowadzących do bezpośredniej dyskryminacji ze względu na płeć, ale również takich, które utrzymują zróżnicowane traktowanie mężczyzn i kobiet w pracy w rezultacie zastosowania kryteriów, które nie opierają się na płci, jeśli takie różnice w traktowaniu nie są spowodowane okolicznościami obiektywnymi, niezwiązanymi z dyskryminacją ze względu na płeć".

Pod wpływem orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości została przyjęta pierwsza definicja legalna dyskryminacji pośredniej, zawarta w dyrektywie Rady 97/80 dotyczącej ciężaru dowodu w sprawach dyskryminacji ze względu na płeć. Kiedy jednak podjęto prace nad aktami prawnymi dotyczącymi zakazu dyskryminacji ze względu na pozostałe kryteria (pochodzenie rasowe lub etniczne, religia lub przekonania, niepełnosprawność, wiek oraz orientacja seksualna), pojawiły się nowe propozycje definicji i ostatecznie dokonano zmian w tym

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

zakresie. W rezultacie w aktualnie obowiązujących dyrektywach 2000/43, 2000/78, 2004/113 oraz 2006/54 wskazuje się, że dyskryminacja pośrednia występuje w przypadku, gdy z pozoru neutralny przepis, kryterium lub praktyka stawiałaby osoby posiadające daną cechę w szczególnie niekorzystnej sytuacji w porównaniu do innych osób, chyba że dany przepis, kryterium lub praktyka są obiektywnie uzasadnione zgodnym z prawem celem, a środki służące do jego osiągnięcia są właściwe i niezbędne (inaczej: odpowiednie i konieczne).

W trzecim rozdziale przybliżone są podstawowe elementy występujące w ramach koncepcji dyskryminacji pośredniej. Najpierw wskazano przykłady pozornie neutralnych kryteriów, na których może opierać się konkretny środek. Następnie przedstawiono sposób oceny negatywnego wpływu środka na grupę chronioną z uwzględnieniem orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości oraz postanowień aktów prawa wtórnego. W związku z tym, że różni się ona w zależności od kategorii spraw, w których jest przeprowadzana, omówiono je osobno w kolejnych punktach. Z uwagi na specyfikę oceny negatywnego wpływu środka na grupę chronioną wyróżniono sprawy dotyczące: dyskryminacji pośredniej ze względu na przynależność państwową, równego wynagrodzenia kobiet i mężczyzn za tę samą pracę oraz zabezpieczenia społecznego kobiet i mężczyzn. Odrębnie przedstawiono ocenę „szczególnie niekorzystnej sytuacji" w świetle regulacji dyrektywy 2000/78. Kolejnym istotnym elementem występującym w ramach dyskryminacji pośredniej jest obiektywne uzasadnienie. Skuteczne powołanie się na cel zgodny z prawem prowadzi jednak nie tyle do wyeliminowania dyskryminacji, co uznania, że jest ona usprawiedliwiona, a zatem nie wywoła negatywnych skutków prawnych dla podmiotu stosującego dyskryminacyjny środek. Prawnie uzasadnione cele można podzielić na takie, które są związane z interesem publicznym, oraz takie, które odnoszą się do samej pracy lub przedsiębiorstwa jako całości. Na pierwsze powołują się państwa członkowskie w sprawach, które dotyczą stosowanych przez nie środków, dlatego też są one osobno omówione. Natomiast na cele związane z pracą lub przedsiębiorstwem powołują się pracodawcy, a zatem zwykle dotyczą one spraw związanych z zatrudnieniem. Ostatni aspekt dyskryminacji

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

pośredniej, który wymaga przedstawienia, to proporcjonalność zastosowanych środków. Podobnie jak w przypadku oceny negatywnego wpływu środka na grupę chronioną, i w tym zakresie nie mamy do czynienia z jednolitym standardem oceny, ale różni się ona w zależności od obszaru, którego dotyczy. I tak, w sprawach odnoszących się do dyskryminacji pośredniej ze względu na przynależność państwową, kontrola proporcjonalności jest dość szczegółowa i przyjmuje postać testu „najmniej restrykcyjnego środka" (a zatem Trybunał wskazuje, że istniały inne sposoby osiągnięcia prawnie uzasadnionego celu, mniej ograniczające prawo do równego traktowania). Z kolei środki państw członkowskich prowadzące do dyskryminacji pośredniej ze względu na płeć nie są poddane tak dokładnej analizie, zwłaszcza jeśli dotyczą polityki społecznej. Trybunał uznaje bowiem, że w tym obszarze państwom przysługuje szeroki zakres władzy dyskrecjonalnej. W rezultacie wymaga wykazania jedynie, że „można racjonalnie uważać, iż wybrane środki były odpowiednie dla realizacji wspomnianego celu". Należy jednak zauważyć, że ten stosunkowo łagodny standard oceny zmienia się w czasie, ewoluując w kierunku pewnego zaostrzenia wymogów, o czym świadczą ostatnio wydane rozstrzygnięcia Trybunału. Wreszcie w sprawach dotyczących środków stosowanych przez pracodawców generalnie stosowany jest tradycyjny test proporcjonalności odnoszący się do wymogów odpowiedniości i konieczności.

Po przedstawieniu najważniejszych elementów dyskryminacji pośredniej w drugim podrozdziale omówiono jej relacje z dyskryminacją bezpośrednią oraz ograniczeniami w ramach swobód rynku wewnętrznego. Szczególna uwaga zostanie zwrócona na czynniki pozwalające odróżnić ją od wskazanych koncepcji prawnych, co nie zawsze jest łatwym zadaniem. Tak jest, np. w przypadku dyskryminacji bezpośredniej, bowiem chociaż w ujęciu teoretycznym obie formy dyskryminacji różnią się przede wszystkim, jeśli chodzi o ich stosunek do zakazanego kryterium oraz zakres dopuszczalnego uzasadnienia, to jednak w praktyce linia podziału nie zawsze przedstawia się tak klarownie. Dlatego też w kolejnych punktach zostaną omówione takie zagadnienia, jak rola kryterium w rozgraniczaniu dyskryminacji bezpośredniej i pośredniej, znaczenie skutku środka dla jego kwalifi-

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

kacji jako bezpośrednio lub pośrednio dyskryminującego oraz zakres uzasadnienia. Omówiono również relacje zachodzące między dyskryminacją pośrednią a ograniczeniami, które pojawiły się w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości już w latach 70-tych, a oparte na nich podejście było stopniowo umacniane począwszy od lat 90-tych ubiegłego wieku. Próba rozgraniczenia tych dwóch koncepcji nie jest jednak łatwym zadaniem, zwłaszcza, że sam Trybunał nie daje jasnych wskazówek w tym zakresie. Stąd też temu zagadnieniu zostanie poświęcony odrębny punkt rozważań.

Należy zauważyć, że dyskryminacja pośrednia stwarza nowe możliwości w kontekście walki z różnego rodzaju nierównym traktowaniem, które nie opiera się na zakazanym kryterium, ale faktycznie wywiera niekorzystny wpływ na grupę chronioną. Pozwala zatem wyjść poza formalne podejście, jakie tradycyjnie dominowało w prawie antydyskryminacyjnym przed włączeniem tej koncepcji w jego ramy. Nie ma wątpliwości, że nastąpiło to pod wpływem realiów społecznych, za którymi powinny nadążać także regulacje prawne. Mimo pewnych ograniczeń, jakie wiążą się z dyskryminacją pośrednią, należy ją uznać za ważną koncepcję prawną, która może odegrać pozytywną rolę, jeśli tylko będzie odpowiednio stosowana w praktyce.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

Rozdział I

Pojęcia związane z dyskryminacją pośrednią i ich regulacja w prawie UE

1. Uwagi wstępne

Dla pełnego zrozumienia istoty dyskryminacji pośredniej niezbędne jest przybliżenie podstawowych koncepcji prawnych, z których wyrasta i z którymi jest związana. Należą do nich niewątpliwe takie ogólne kategorie, jak równość oraz dyskryminacja. Niezbędne jest również omówienie kryteriów, stanowiących podstawę zakazanej dyskryminacji, bowiem przynależność do określonej kategorii osób, która w taki czy inny sposób została inaczej potraktowana, jest istotnym elementem oceny danego postanowienia czy praktyki.

Te podstawowe koncepcje nie będą szerzej analizowane z ogólnego, teoretycznego punktu widzenia, ale zostaną przedstawione w oparciu o regulacje prawa pierwotnego i wtórnego, orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej oraz poglądy doktryny prawa europejskiego. Niektóre uwagi będą nawiązywały do wcześniejszych przepisów prawnych, a to głównie dla przedstawienia ewolucji, jaką przeszły regulacje wspólnotowe (obecnie unijne) dotyczące równości i dyskryminacji. Sam rozwój koncepcji dyskryminacji pośredniej zostanie przedstawiony w kolejnym rozdziale. Należy jednak za-

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

uważyć, że wiąże się on z szerszymi przeobrażeniami, jakim podlegała Europejska Wspólnota Gospodarcza, potem Wspólnota Europejska, wreszcie Unia Europejska. W związku z odchodzeniem od wspólnoty czysto ekonomicznej na rzecz wspólnoty wartości, opartej na idei poszanowania praw człowieka, zmieniała się też rola równości – najpierw była głównie instrumentem tworzenia wspólnego rynku, z czasem zaczęła pełnić rolę konstytucyjną jako niezależna zasada wspierająca ochronę praw podstawowych[1].

Trzeba również podkreślić, że we wspólnotowym porządku prawnym równość została wprowadzona na podstawie przepisów traktatowych zakazujących dyskryminacji, a zatem inaczej niż w większości konstytucyjnych porządków prawnych państw członkowskich[2]. W istocie Trybunał Sprawiedliwości w wielu wyrokach stwierdzał wprost, że:

> zakazy dyskryminacji przewidziane w Traktacie są jedynie szczególnym wyrazem ogólnej zasady równości, która stanowi jedną z podstawowych zasad prawa wspólnotowego[3].

Pojawia się zatem pytanie o relacje, jakie zachodzą między tymi koncepcjami, czyli zasadami równości, niedyskryminacji oraz zakazem dyskryminacji. Trybunał używa tych pojęć zamiennie, w zależności od tego, czy chce zwrócić uwagę na aspekt pozytywny (równość), czy też negatywny (dyskryminacja). Na przykład, w wyroku z 27 stycznia 2005 roku w sprawie Europe Chemi-Con v. Rada UE i Komisja WE[4] stwierdził wprost, że:

> nie jest istotne, czy zasada [...] została określona jako „zasada równego traktowania", czy jako „zasada niedyskryminacji". Chodzi tutaj bowiem

---

[1] Por. szerzej G. More, *The Principle of Equal Treatment: from Market Unifier to Fundamental Right?*, [w:] *The Evolution of EU Law*, P. Craig, G. de Búrca (red.), Oxford 1999, s. 518 i n.

[2] M. Barbera, *Not the Same? The Judicial Role in the New Community Anti-Discrimination Law Context*, „Industrial Law Journal" 2002, t. 31, nr 1, s. 85.

[3] Por. np. wyrok z 19 października 1977 roku w sprawach Albert Ruckdeschel v. Hauptzollamt Hamburg-St. Annen i Diamalt AG v. Hauptzollamt Itzehoe, 117/76 i 16/77, ECR 1977, s. 1753.

[4] C-422/02 P, ECR 2005, s. I–791.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

o dwa określenia tej samej zasady ogólnej prawa wspólnotowego, która z jednej strony zabrania odmiennego traktowania sytuacji podobnych, z drugiej zaś traktowania w ten sam sposób sytuacji różnych, chyba że zaistniały obiektywne przesłanki uzasadniające takie traktowanie.

Przy omawianiu orzecznictwa Trybunału pojęcia te nie będą zatem rozgraniczane. W doktrynie zauważa się jednak, że sam zakaz dyskryminacji ogranicza się do określonego wycinka ogólnej zasady równości – obejmuje on tylko niektóre stany faktyczne, które jej podlegają[5]. Wyrażane jest również stanowisko, zgodnie z którym zasadę niedyskryminacji jest łatwiej urzeczywistniać w praktyce, niż zasadę równości, która wiąże się z bardziej pozytywnymi zobowiązaniami[6]. Oznaczałoby to, że ta druga dla swojej realizacji wymaga dalej idących działań. Takie poglądy uwzględniają, przynajmniej w pewnym stopniu, występowanie różnych koncepcji równości, a zwłaszcza tzw. równości materialnej (patrz niżej). Wydaje się zatem, że należałoby rozgraniczać omawiane pojęcia. Zasada równości ma szerszy zakres i należy ją kojarzyć również z podejmowaniem pewnych pozytywnych działań. Natomiast zakaz dyskryminacji ze względu na określone kryterium zawiera w sobie, podobnie jak zasada niedyskryminacji, głównie aspekt negatywny.

2. Równość

2.1. Koncepcje równości

Pojęcie równości jest od wieków przedmiotem rozważań filozoficznych i doktrynalnych. Jest ona uznawana za jedną z najbardziej zawi-

[5] A. Wróbel, *Art. 18*, [w:] *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz*, t. I, A. Wróbel, D. Miąsik, N. Półtorak (red.), Warszawa 2012, s. 357. Wyrażane jest też stanowisko, że unijne normy prawne utożsamiają „niedyskryminację" z „równością numeryczną" (czyli formalną). Por. I. Boruta, *Równość kobiet i mężczyzn w pracy w świetle prawa Wspólnoty Europejskiej. Implikacje dla Polski*, Łódź 1996, s. 30.

[6] C. Barnard, *The Principle of Equality in the Community Context: P, Grant, Kalanke and Marschall: Four Uneasy Bedfellows*, „Cambridge Law Journal" 1998, t. 57, nr 2, s. 353.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

łych, wieloznacznych i nie do końca zdefiniowanych kategorii[7]. Pełni różne funkcje, a w związku z tym przyjmuje różne formy. Nie jest przy tym koncepcją statyczną, ale podlega ciągłemu rozwojowi. Jak wskazuje się w doktrynie, równość jest ogólnym pojęciem, które ma zarówno niejasne, jak i bogate w emocje znaczenie, w rezultacie jest ono stale na nowo definiowane[8]. W orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości oraz regulacjach prawnych Unii Europejskiej pojawia się zróżnicowane podejście do tej koncepcji. Można wręcz mówić o współistnieniu różnych ujęć równości w tym systemie prawnym[9]. Stąd też istotne znaczenie ma ich bliższa charakterystyka. Przedstawione zostaną przy tym te koncepcje równości, które są najczęściej opisywane w literaturze przedmiotu.

Przede wszystkim zatem należy wyróżnić **równość wobec prawa** oraz **równość w prawie.** Ta pierwsza wymaga, aby normy prawne były stosowane w taki sam sposób do wszystkich przypadków, które hipotetycznie regulują[10]. Nie ma zatem znaczenia, jaką treść przyjmują przepisy prawne, ważne jest jedynie to, aby znalazły one jednakowe zastosowanie względem wszystkich osób. Przeciwieństwem takiego technicznego pojmowania omawianej koncepcji jest równość w prawie, którą należy odnieść do treści prawa. Najogólniej rzecz biorąc wyraża się ona w niestosowaniu w normach prawnych postanowień dyskryminujących pewne grupy lub faworyzujących inne[11]. **Z uwagi na to, że idea dyskryminacji pośredniej koncentruje się na materialnym charakterze danego środka prawnego, uznaje się ją za**

---

[7] Tak m.in. I. Boruta, *Równość kobiet i mężczyzn w pracy w świetle prawa Wspólnoty Europejskiej...*, s. 13.

[8] Por. G. Barrett, *Re-examining the Concept and Principle of Equality in EC Law*, „Yearbook of European Law" 2003, t. 22, s. 120.

[9] Słusznie zwraca na to uwagę A. Peters, *The Many Meanings of Equality and Positive Action in Favour of Women under European Community Law – A Conceptual Analysis*, „European Journal Law" 1996, t. 2, nr 2, s. 194.

[10] Por. A. Śledzińska, *Homo-niepewni? – analiza prawnych aspektów równości transseksualistów i homoseksualistów w Unii Europejskiej*, [w:] *Równość w Unii Europejskiej – teoria i praktyka*, W. Bokajło, A. Pacześniak (red.), Wrocław 2008, s. 170.

[11] Por. W. Sadurski, *Równość wobec prawa*, „Państwo i Prawo" 1978, nr 8–9, s. 53–54.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

bliższą koncepcji równości w prawie[12]. Ta zaś zarówno w systemach prawnych państw członkowskich, jak i w samej Unii Europejskiej (głównie za sprawą Trybunału Sprawiedliwości) nawiązuje do poglądów Arystotelesa, który wyróżnił tzw. sprawiedliwość proporcjonalną oraz powiązał ze sobą pojęcia równości i podobieństwa[13].W rezultacie jego stanowisko w tym względzie jest ujmowane w następującą formułę: sprawiedliwość wymaga, aby rzeczy, które są podobne, były traktowane podobnie, natomiast te, które nie są podobne, były traktowane różnie w proporcji do ich zróżnicowania. Z tego zaś wynika, że najpierw trzeba udzielić odpowiedzi na pytanie, co jest podobne, a co nie ma takiego charakteru, jak również, jakie różnice mają znaczenie. Nie ma bowiem wątpliwości, że ludzie nie są podobni we wszystkich aspektach[14]. Wskazaną formułę należy zatem traktować jedynie jako punkt wyjściowy do oceny równości w poszczególnych sytuacjach faktycznych. Warto odnotować, że w literaturze przedmiotu zostało zaprezentowane stanowisko, że takie ujęcie równości jest jak puste naczynie, bowiem nie jest wypełnione treścią moralną, ani nie zawiera odniesienia pozwalającego ustalić podobieństwo[15]. W praktyce element podobieństwa, który występuje w Arystotelesowskiej formule, zostaje powiązany z porównywalnością sytuacji[16]. Takie podejście

[12] Ch. Tobler, *Indirect Discrimination: A Case Study into the Development of the Legal Concept of Indirect Discrimination under EC Law*, Antwerpia–Oxford 2005, s. 19.

[13] Por. Arystoteles, *Etyka Nikomachejska*, tłum. D. Gromska, Warszawa 2007, s. 173–174, gdzie słynny grecki filozof zauważa „to jest źródłem sporów i skarg, kiedy albo równi mają i otrzymują nierówne udziały, albo na odwrót nierówni mają i otrzymują równe", oraz że „tym, co sprawiedliwe jest to, co proporcjonalne, a to, co wykracza przeciw proporcji, jest niesprawiedliwe". Zob. też Arystoteles, *Polityka*, tłum. L. Piotrowicz, Wrocław 2005, s. 301, gdzie znajdziemy stwierdzenie: „na tym polega równość i podobieństwo; jest to bowiem przeciw naturze, jeśli się nie przyznaje równych praw równym, a podobnych podobnym".

[14] Słusznie zwraca na to uwagę D. Schiek, *Torn between Arithmetic and Substantive Equality? Perspectives on Equality in German Labour Law*, „International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations" 2002, t. 18, nr 2, s. 150.

[15] Por. P. Westen, *The Empty Idea of Equality*, „Harvard Law Review" 1982, t. 95, nr 3, s. 547–551. Z poglądami tego autora polemizuje wielu przedstawicieli doktryny m.in. K. Greenawalt, *How Empty is the Idea of Equality?*, „Columbia Law Review" 1983, t. 83, nr 5, s. 1167 i n.

[16] Por. Ch. Tobler, *Indirect Discrimination…*, s. 20 i cyt. tam literaturę.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

występuje także w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości dotyczącym równości (patrz niżej).

W ramach ogólnej koncepcji równości w prawie wyróżnia się **równość formalną** (numeryczną) oraz **materialną** (faktyczną, substancjalną od ang. *substantive*)[17]. Rozróżnienie to ma szczególne znaczenie dla naszych rozważań, bowiem dyskryminacja pośrednia kładzie nacisk na skutki konkretnego środka, który pozornie ma neutralny charakter, bo nie nawiązuje do kryterium wskazanego przez prawo. Tym samym wykazuje związki z koncepcją równości materialnej. W doktrynie wręcz wyrażany jest pogląd, że wprowadzenie idei dyskryminacji pośredniej do wspólnotowego porządku prawnego oznacza przejście z formalnej do materialnej koncepcji równości, a zatem uwzględnienia tej okoliczności, że różnica w pozycji poszczególnych kategorii osób wiąże się także z czynnikami indywidualnymi i społecznymi[18]. Równość formalna koncentruje się bowiem na traktowaniu w sposób zgodny z prawem, natomiast materialna zmierza nie tylko do wyeliminowania dyskryminacji, ale również uwzględnia podejmowanie tzw. działań pozytywnych, służących zapewnieniu równości w praktyce. Pierwszy ze wskazanych modeli realizuje ideę państwa liberalnego, w którym zniesione są formalne ograniczenia w dostępie do życia politycznego, edukacji, kariery zawodowej oraz innych dóbr i usług, ale żadnej grupie nie przysługują szczególne przywileje[19]. Natomiast równość materialna opiera się na względach słuszności i ma w pewnym zakresie funkcję korekcyjną; nawiązuje zatem do idei sprawiedliwości społecznej[20].

Równość formalna koncentruje się na zapewnieniu sprawiedliwości dla jednostek zgodnie ze wskazaną wyżej Arystotelesowską

[17] Warto jednak zauważyć, że niektórzy przedstawiciele doktryny uznają, iż równość formalna odpowiada równości wobec prawa, natomiast materialna równości w prawie. Por. np. T. Tridimas, *The Application of the Principle of Equality to Community Measures*, [w:] *The Principle of Equal Treatment in E.C. Law*, A. Dashwood, S. O'Leary (red.), Londyn 1997, s. 214.

[18] Por. S. Prechal, *Equality of Treatment, Non-discrimination and Social Policy: Achievements in Three Themes*, „Common Market Law Review" 2004, t. 41, nr 2, s. 537.

[19] A. Śledzińska, op. cit., s. 173.

[20] Ibidem.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

formułą, iż osoby znajdujące się w porównywalnej sytuacji należy traktować jednakowo. Można nawet spotkać się z poglądem, że tak naprawdę mamy tu do czynienia z modelem sprawiedliwości indywidualnej, który koncentruje się na ochronie jednostek przed niesprawiedliwym traktowaniem na podstawie zakazanego kryterium różnicowania[21]. W rezultacie ujęcie formalne pozwala na uwzględnienie jedynie bezpośrednich form dyskryminacji. Nie jest to jednak jedyne ograniczenie tej koncepcji równości. Przede wszystkim bowiem realizując ogólne założenie, że osoby znajdujące się w porównywalnej sytuacji należy traktować w taki sam sposób, nie jesteśmy w stanie zapewnić pozytywnego rezultatu – równość formalna nie zostanie naruszona, np. wówczas, gdy pracodawca traktuje zatrudnione przez siebie kobiety i mężczyzn jednakowo źle. Ponadto równe traktowanie w ujęciu formalnym może być zapewnione zarówno poprzez podniesienie poziomu ochrony, jak i jego obniżenie. Klasycznym przykładem takiego zabiegu jest podwyższenie wieku emerytalnego dla kobiet do takiego samego, jaki jest wyznaczony dla mężczyzn[22]. Kolejnym ograniczeniem omawianej koncepcji równości jest to, że jej zastosowanie zależy od wyboru porównywanego podmiotu, czy też sytuacji (ang. *comparator*), a to może okazać się trudnym zadaniem. Poza tym problematyczne może być to, że przy dokonywaniu porównań zwycięża stereotypowe podejście, zgodnie z którym punktem odniesienia staje się z reguły przedstawiciel grupy dominującej w przeszłości, np. mężczyzna, człowiek rasy białej, czy też osoba heteroseksualna[23]. Wskazuje się także, że równość formalna ma charakter statyczny i jest ukie-

[21] Por. M. Bell, L. Waddington, *Reflecting on Inequalities in European Equality Law*, „European Law Review" 2003, t. 28, nr 3, s. 351.

[22] Por. C. Barnard, B. Hepple, *Substantive Equality*, „Cambridge Law Journal" 2000, t. 59, nr 3, s. 563.

[23] W kontekście równości płci zwracają na to uwagę np. T. Hervey, J. Shaw, *Women, Work and Care in EC Law*, „Journal of European Social Policy" 1998, t. 8, nr 1, s. 48 – „równość formalna zakłada, że kobiety muszą być we wszystkich istotnych aspektach takie, jak mężczyźni, żeby być uprawnionymi do równego traktowania [...] Innymi słowy, równość formalna zakłada, że to mężczyzna jest normą". Por. też S. Fredman, *European Community Discrimination Law: A Critique*, „Industrial Law Journal" 1992, t. 21, nr 2, s. 120 i n.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

runkowana na poprawę sytuacji konkretnej osoby, a nie całej grupy, do której ona należy[24]. W rezultacie przy jej pomocy nie można wyeliminować tzw. strukturalnych form dyskryminacji[25].

Te ograniczenia powodują, że formułowane są koncepcje równości materialnej, która pozwala uwzględniać różne formy dyskryminacji zarówno bezpośrednie, jak i pośrednie[26]. Nie koncentruje się ona przy tym na sytuacji konkretnej jednostki, ale raczej całej grupy, do której ona należy. Stąd też mamy tu do czynienia z modelem sprawiedliwości grupowej[27]. Równość materialna pozwala uwzględnić specyficzną pozycję danej kategorii osób w różnych aspektach: biologicznym, społecznym, ekonomicznym, kulturowym czy historycznym. W jej ramach pojawia się możliwość walki z różnego rodzaju stereotypami, np. uznawania kobiet za słabszą płeć[28]. Istotne znaczenie ma to, że równość materialna pozwala w pełni uwzględnić obie części Arystotelesowskiej formuły, a zatem zmierza ona zarówno do zapewnienia jednakowego traktowania danych grup osób, np. kobiet i mężczyzn, jak i uwzględnienia zróżnicowanej sytuacji grupy i traktowania jej odmiennie z tego względu. Klasycznym przykładem w tym zakresie może być ochrona kobiet związana z ciążą i macierzyństwem, w ramach której podejście formalne nie jest wystarczające. Mamy tu bowiem do czynienia ze specyficzną sytuacją tej konkretnej grupy, której nie da się porównać do położenia mężczyzn[29]. Omawiana koncepcja zmierza zatem do zapewnienia rzeczywistej równości (ang. *equality in*

---

[24] Por. E. Ellis, *The Principle of Equality of Opportunity Irrespective of Sex: Some Reflections on the Present State of European Community Law and Its Future Development*, [w:] *The Principle of Equal Treatment in E.C. Law*, A. Dashwood, S. O'Leary (red.), Londyn 1997, s. 172.

[25] Dyskryminacja strukturalna (instytucjonalna), czyli taka, która ma utrwalony charakter i wynika z mocno zakorzenionych opinii czy osądów opartych na określonych strukturach społecznych. Por. szerzej Ch. McCrudden, *Institutional Discrimination*, „Oxford Journal of Legal Studies" 1982, t. 2, nr 3, s. 345.

[26] Ch. Tobler, *Indirect Discrimination…*, s. 25.

[27] Por. M. Bell, L. Waddington, *Reflecting on Inequalities...*, s. 351.

[28] Por. szerzej T. Hervey, J. Shaw, op. cit., s. 49.

[29] Por. G. Barett, op. cit., s. 124 oraz H. Fenwick, *From Formal to Substantive Equality: the Place of Affirmative Action in European Union Sex Equality Law*, „European Public Law" 1998, t. 4, nr 4, s. 508.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

fact), a ta może wymagać podejmowania dodatkowych działań, a nawet uprzywilejowanego traktowania w pewnych szczególnych przypadkach, np. ze względu na wskazane wyżej macierzyństwo, czy też niepełnosprawność. Nie wystarczy zatem zakazać wszelkiej, nawet pośredniej, dyskryminacji, ale należy podejmować tzw. działania pozytywne.

W literaturze przedmiotu wyróżnia się również tzw. **równość szans**. Jest ona przez jednych przeciwstawiana równości traktowania[30], a przez innych uznawana za jedną z form, czy też wersji równości materialnej[31]. Wydaje się jednak, że najbardziej trafne jest stanowisko, zgodnie z którym omawiana koncepcja zajmuje pośrednią pozycję i należy ją umiejscowić między formalnym a materialnym ujęciem równości[32]. Jeśli bowiem przyjmiemy, że ta ostatnia wiąże się z osiągnięciem odpowiedniego rezultatu, to potrzebne są najpierw takie środki, które zapewnią równy start. Innymi słowy, trzeba będzie podejmować pewne pozytywne działania, ale niekoniecznie będą one prowadziły do korzystnego skutku. Po prostu pozwolą wyrównać pewne niekorzyści, wynikające z przynależności do określonej kategorii osób. W każdym razie równość szans wymaga nie tylko wyeli-

---

[30] Por. w tym względzie np. uwagi I. Boruty, op. cit., s. 31. W podobnym duchu wypowiada się G. Barett, op. cit., s. 127, który wskazuje, że „może ona pozwolić na osiągnięcie dalej idących rezultatów, niż zwykłe stosowanie równego traktowania, a nie wydaje, aby wiązały się z nią podobne dylematy etyczne, które pojawiają się w kontekście równości rezultatu".

[31] Drugą formę stanowi równość rezultatów (ang. *equality of results*). Tak m.in. C. Mchugh, *The Equality Principle in EU Law: Taking a Human Rights Approach?*, „Irish Student Law Review" 2006, t. 14, s. 34. Podobnie C. Barnard, S. Deakin, C. Kilpatrick, *Equality, Non-discrimination and the Labour Market in the UK*, „International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations" 2002, t. 18, nr 2, s. 133 oraz C. Barnard, B. Hepple, *Substantive Equality*..., s. 565.

[32] Tak słusznie Ch. Tobler, *Indirect Discrimination…*, s. 32, która cytuje w tym względzie S. Fredman, *Discrimination Law*, Oxford 2002, s. 14. Ta ostatnia zaś posługuje się porównaniem, odnoszącym się do zawodników uczestniczących w wyścigu i wskazuje, że „prawdziwa równość nie może być osiągnięta, jeśli zawodnicy rozpoczną wyścig w różnych punktach startowych". Zapewnieniu takiego samego punktu startowego ma służyć właśnie równość szans. Por. też S. Fredman, *After Kalanke and Marshall: Affirming Affirmative Action*, „The Cambridge Yearbook of European Legal Studies" 1998, t. 1, s. 203.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

minowania dyskryminacji, ale również promowania dobrych relacji między różnymi grupami zarówno w trakcie tworzenia polityki, jak i podejmowania wszelkich konkretnych działań[33].

Jak już wskazywano, niektórzy przedstawiciele doktryny wyróżniają jeszcze koncepcję **równości rezultatów** jako jedną z form równości materialnej. Rozróżnienie to występuje również w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości (patrz kolejny punkt rozważań). Równość rezultatów jest często łączona z równą reprezentacją lub równym uczestnictwem w zatrudnieniu, edukacji czy dostępie do dóbr, co jest wyrazem podejścia redystrybucyjnego[34]. Zmierza ona do wyeliminowania zjawiska niedostatecznej reprezentacji danej grupy osób w określonym sektorze oraz do zapewnienia sprawiedliwego udziału w dystrybucji korzyści[35]. Równość rezultatu wiąże się z podejmowaniem specjalnych środków, którymi w wypadku równości kobiet i mężczyzn w zatrudnieniu są prawnie ustanowione kwoty. Jednakże w prawie unijnym, a zwłaszcza w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości dominuje podejście, zgodnie z którym:

> dążenie do zapewnienia równej reprezentacji kobiet i mężczyzn w środowisku pracy nie uzasadnia pozbawienia prawa jakiejkolwiek jednostki do bycia niedyskryminowanym. Innymi słowy, równość szans góruje nad zasadą równości rezultatów [...] Trybunał dopuszcza działania stawiające kobiety w uprzywilejowanej sytuacji w zatrudnieniu, o ile nie oznacza to automatycznego pierwszeństwa, ale jest po prostu jeszcze jednym kryterium branym przez pracodawcę pod uwagę w obsadzaniu stanowisk[36].

Wskazane wyżej teoretyczne ujęcia równości mają istotne znaczenie dla zrozumienia istoty dyskryminacji pośredniej. Należy bowiem

---

[33] Por. szerzej Ch. McCrudden, *The New Concept of Equality*, ERA-Forum 2003, t. 4, nr 3, s. 21.

[34] A. Wróbel, *Art. 18*, [w:] *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej*..., s. 388.

[35] C. Barnard, B. Hepple, *Substantive Equality*..., s. 565

[36] Opinia rzecznika generalnego L. M. Poiaresa Maduro z 29 czerwca 2004 roku w sprawie Serge Briheche v. Ministère de l'Intérieur, de la Sécurité intérieure et des Libertés locales, ECR 2004, s. I–8807, pkt 42.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

zauważyć, że w jej ramach nie mamy do czynienia z indywidualnym podejściem, ale modelem sprawiedliwości grupowej, koncepcją równości jako prawa zbiorowego[37]. Wynika to przede wszystkim z faktu, że przy dokonywaniu oceny, czy dany środek dyskryminuje pośrednio, musimy sprawdzić m.in. to, jaki jest jego wpływ na członków konkretnej grupy. Jak już wyżej wskazano, dyskryminacja pośrednia kładzie nacisk na skutki przepisu czy praktyki, a nie na zamiar stosującego je podmiotu. To zaś oznacza, że opiera się ona na koncepcji równości materialnej, a zakaz dyskryminacji pośredniej służy nie tyle, czy nie tylko zapewnieniu równości w prawie, ale również w praktyce.

2.2. Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości

Trybunał Sprawiedliwości odegrał niewątpliwie ważną rolę zarówno w zakresie wprowadzenia równości do prawa wspólnotowego i uczynienia z niej zasady ogólnej tego prawa, jak i w kontekście zdefiniowania tej koncepcji. Dlatego też jego orzecznictwo zostanie omówione przed wskazaniem na najważniejsze regulacje prawa pierwotnego i wtórnego. Nie miało ono przy tym statycznego charakteru, ale podlegało pewnym zmianom – od podejścia *stricte* formalnego na samym początku po uwzględnienie w niektórych sprawach materialnej koncepcji równości, np. w sprawie *Marshall* (patrz niżej).

Rozstrzygnięcia Trybunału dotyczące działalności Wysokiej Władzy, wydane na tle postanowień Traktatu o Europejskiej Wspólnocie Węgla i Stali, koncentrowały się na zasadzie równego traktowania, ujmowanej w sposób formalny. Na przykład, w wyroku z 21 czerwca 1958 roku w sprawie Groupement des hauts fourneaux et aciéries belges v. Wysoka Władza[38] wskazał, że:

> zgodnie z art. 3 (b) Traktatu (EWWiS – dopisek J. M.-N.) instytucje wspólnotowe są zobowiązane, w ramach przysługujących im uprawnień, zapewnić we wspólnym interesie, że wszyscy konsumenci znaj-

[37] Por. A. Peters, op. cit., s. 188 i cyt. tam literaturę.
[38] Sprawa 8/57, ECR (English Special Edition) 1958, s. 245.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

> dujący się w porównywalnej sytuacji na wspólnym rynku mają równy dostęp do źródeł produkcji [...] Nieprzestrzeganie zasady równego traktowania konsumentów w odniesieniu do ekonomicznych regulacji [...] może stanowić nadużycie władzy, które ma wpływ na osoby lub grupy osób będące celowymi ofiarami[39].

Z kolei w wyroku z 17 grudnia 1959 roku w sprawie Société des fonderies de Pont-à-Mousson v. Wysoka Władza[40] Trybunał stwierdził, że:

> dyskryminacja, polegająca na różnym traktowaniu porównywalnych sytuacji, zakłada, że istnieje możliwość i obowiązek traktowania wszystkich zainteresowanych stron na takich samych zasadach [...].

Już na tym wczesnym etapie rozwoju orzecznictwa Trybunał przyjął zatem Arystotelesowską formułę odnoszącą się do porównywalności sytuacji, w jakich znajdują się dane kategorie osób. W ten sposób zachowywał jednak szeroką kompetencję dyskrecjonalną przy dokonywaniu oceny, czy konkretny podmiot może być porównany do innego[41].

Dalszy rozwój orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości nastąpił wraz z wejściem w życie Traktatu ustanawiającego Europejską Wspólnotę Gospodarczą, który zawierał postanowienia zakazujące dyskryminacji ze względu na przynależność państwową (art. 7 TEWG), między producentami i konsumentami w ramach wspólnej polityki rolnej (art. 40 ust. 3 TEWG) oraz regulujące ogólną zasadę równości wynagrodzeń dla pracowników płci męskiej i żeńskiej za taką samą pracę (art. 119 TEWG). Stąd też początkowo Trybunał koncentrował się raczej na doprecyzowaniu pojęcia dyskryminacji, wskazując, że może ona wystąpić nie tylko w przypadku różnego traktowania takich samych sytuacji, ale również identycznego traktowania różnych

---

[39] Ibidem, s. 256.

[40] Sprawa 14/59, ECR (English Special Edition) 1959, s. 215 i n.

[41] Por. G. More, op. cit., s. 532.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

sytuacji[42]. W ten sposób Arystotelesowska formuła znalazła swój pełny wyraz w orzecznictwie, choć początkowo odnosiła się ona do dyskryminacji i w związku z tym była inaczej ujęta[43]. Należy przy tym zauważyć, że w wielu sprawach Trybunał odwoływał się nie tyle do takich samych, ile porównywalnych sytuacji. Na przykład, w wyroku z 20 lutego 1975 roku w sprawie Jeanne Airola v. Komisja WE wskazał, że:

> pojęcie „obywatele" zawarte w art. 4 (A) aneksu nr VII załączonego do regulaminu pracowniczego funkcjonariuszy wspólnotowych musi być interpretowane w taki sposób, aby uniknąć jakiejkolwiek nieuzasadnionej różnicy w traktowaniu między urzędnikami płci męskiej i żeńskiej, którzy w rzeczywistości znajdują się w porównywalnej sytuacji[44].

Można zatem stwierdzić, że w wielu rozstrzygnięciach Trybunał Sprawiedliwości utożsamiał podobieństwo z porównywalnością sytuacji, a to oznacza, że nie muszą być one dokładnie takie same[45].

Wprost do zasady równości Trybunał odniósł się natomiast w wyroku z 19 października 1977 roku w sprawach Albert Ruckdeschel v. Hauptzollamt Hamburg-St. Annen i Diamalt AG v. Hauptzollamt Itzehoe, w którym stwierdził, że:

> zakazy dyskryminacji przewidziane w Traktacie są jedynie szczególnym wyrazem ogólnej zasady równości, która stanowi jedną z podstawowych zasad prawa wspólnotowego [...] zasada ta wymaga, aby podobne

---

[42] Tak w wyroku z 17 lipca 1963 roku w sprawie Republika Włoska v. Komisja, sprawa 13/63, ECR (English Special Edition), s. 165.

[43] W odniesieniu do równości formuła ta wymaga, aby rzeczy, które są podobne, były traktowane podobnie, natomiast te, które nie są podobne, były traktowane różnie w proporcji do ich zróżnicowania. Natomiast Trybunał odniósł się do dyskryminacji i stąd wymóg, aby takie same sytuacje nie były różnie traktowane, a różne sytuacje tak samo.

[44] Sprawa 21/74, ECR 1975, s. 221. Por. też m.in. wyrok z 13 listopada 1984 roku w sprawie Firma A. Racke v. Hauptzollamt Maisz, sprawa 283/83, ECR 1984, s. 3791, czy cyt. niżej wyrok w sprawie 106/83.

[45] Por. szerzej. Ch. Tobler, *Indirect Discrimination…*, s. 24.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

> sytuacje nie były różnie traktowane, chyba że takie zróżnicowanie jest obiektywnie uzasadnione[46].

W wyroku z 13 grudnia 1984 roku w sprawie Sermide SpA v. Cassa Conguaglio Zucchero i inni wskazał zaś, że z zasady niedyskryminacji między producentami a konsumentami, przewidzianej w art. 40 ust. 3 TEWG, wynika wymóg, aby:

> porównywalne sytuacje nie były różnie traktowane, a różne sytuacje nie były traktowane tak samo, chyba że takie podejście jest obiektywnie uzasadnione[47].

We wskazanych sprawach Trybunał Sprawiedliwości odniósł się zatem do koncepcji obiektywnego uzasadnienia, która już wcześniej pojawiła się m.in. w kontekście spraw dotyczących dyskryminacji pośredniej ze względu na przynależność państwową. Z uwagi na znaczenie tej koncepcji w kontekście oceny, czy miała miejsce prawnie zakazana dyskryminacja, zostanie ona szczegółowo przedstawiona w dalszej części pracy. W tym miejscy należy jednak zauważyć, że Trybunał dokonuje kontroli zgodności danego działania z ogólną zasadą równości według pewnego schematu. Pierwszym krokiem jest sprawdzenie, czy osoby (lub towary), które są dyskryminowane, znajdują się w podobnej (porównywalnej) sytuacji. Jeśli nie, sprawa zostaje zakoń-

---

[46] Sprawy połączone 117/76 i 16/77, ECR 1977, s. 1753. Podobnie w wyroku z 19 października 1977 roku w sprawie SA Moulins & Huileries de Pont-à-Mousson i Société coopérative Providence agricole de la Champagne v. Office national interprofessionnel des céré, sprawy połączone 124/76 i 20/77, ECR 1977, s. 1795; w wyroku z 25 października 1978 roku w sprawach Royal Scholten-Honig (Holdings) Limited v. Intervention Board for Agricultural Produce i Tunnel Refineries Limited v. Intervention Board for Agricultural, sprawy połączone 103 i 145/77, ECR 1978, s. 2037; w wyroku z 15 lipca 1982 roku w sprawie Edeka Zentrale AG v. RFN, sprawa 245/81, ECR 1982, s. 2745; w wyroku z 25 listopada 1986 roku w sprawie Marthe Klensch i inni v. Secrétaire d'État à l'Agriculture et à la Viticulture, sprawy połączone 201 i 202/85, ECR 1986, s. 3477; w wyroku z 21 lutego 1990 roku w sprawach Gustave Wuidart i inni v. Laiterie coopérative eupenoise société coopérative i inni, sprawy połączone C-267-285/88, ECR 1990, s. I–435.

[47] Sprawa 106/83, ECR 1984, s. 4209.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

czona, a Trybunał stwierdza, że zasada nie została naruszona[48]. Natomiast jeśli znajdują się w podobnej sytuacji, ustala się, czy osoby te (lub towary) są różnie traktowane. Pozytywna odpowiedź na to pytanie wiedzie z kolei do ustalenia, czy to zróżnicowanie jest obiektywne uzasadnione, przy czym z orzecznictwa Trybunału wynika, że to podmiot stosujący dyskryminujące regulacje musi dowieść swojej racji[49].

Trudno zatem nie zauważyć, że mimo odniesienia się w późniejszym orzecznictwie do obu części Arystotelesowskiej formuły, większy akcent położony został na badanie pierwszej z nich tzn. czy porównywalne sytuacje nie zostały różnie potraktowane. Trybunał stwierdzając, że sytuacje nie są porównywalne, zwykle nie analizował dalej, czy w takim razie zasada równości nie została naruszona przez fakt, że potraktowano je tak samo. Raczej stwierdzenie nieporównywalności sytuacji służyło do stwierdzenia, że w takim razie nie mamy do czynienia z naruszeniem[50]. Do wyjątków należą takie rozstrzygnięcia, w których Trybunał uznał niezgodność środka z zasadą równości ze względu na takie samo potraktowanie porównywalnych sytuacji[51].

Formalne podejście do równości dominowało zatem w orzecznictwie, także w tym odnoszącym się do równości płci. Klasycznym przykładem w tym zakresie może być wyrok z 15 grudnia 1994 roku w sprawie Stadt Lengerich v. Angelika Helmig i inni[52], który dotyczył wypłaty dodatkowego wynagrodzenia za godziny nadliczbowe na podstawie postanowień porozumienia zbiorowego. Następowało to tylko w przypadku przekroczeniu zwykłego czasu pracy, a nie w przypadku przekroczenia pensum. W rezultacie osoby zatrudnione na pół etatu (w większości kobiety) nie były uprawnione do uzyskania takiego dodatkowego wynagrodzenia za godziny przekroczone w sto-

[48] J. A. Usher, *General Principles of EC Law*, London 1998, s. 35.

[49] Ibidem.

[50] Por. np. cyt. wyżej wyrok z 25 października 1978 roku w sprawie *Scholten-Honig*, sprawy połączone 103 i 145/77.

[51] Tak słusznie Ch. Tobler, *Indirect Discrimination…*, s. 27, która podaje w tym względzie jako przykład wyrok z 16 września 2004 roku w sprawie Merida v. Niemcy, C-400/02, ECR 2004, s. I–8471.

[52] Sprawy połączone C-399/92, C-409/92, C-425/92, C-34/93, C-50/93 i C-78/93, ECR 1994, s. I–5727.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

sunku do ich indywidualnego czasu pracy. Trybunał Sprawiedliwości uznał, że takie regulacje porozumienia zbiorowego nie mają dyskryminacyjnego charakteru i mogą być stosowane, bowiem pracownicy zatrudnieni na pół etatu otrzymują taką samą płacę za taką samą liczbę przepracowanych godzin, co pracownicy pełnoetatowi. Potraktował zatem zasadę równości w formalistyczny sposób i nie uwzględnił zróżnicowanej faktycznej sytuacji obu grup pracowników, z których jednym wystarczyło przepracować nawet jedną godzinę, by uzyskać dodatkowe wynagrodzenie, a inni (głównie kobiety) musieli pracować znacznie dłużej, aby przekroczyć normalną liczbę godzin pracy, bo dopiero wówczas byli uprawnieni do tego wynagrodzenia. Nic więc dziwnego, że to rozstrzygnięcie było krytykowane przez doktrynę[53].

Z czasem jednak idea równości materialnej pojawiła się w ramach postępowań przed Trybunałem, przy czym początkowo odnosiły się do niej strony postępowania (głównie Komisja) oraz rzecznicy generalni w swoich opiniach. Jednym z pierwszych, w których wskazano na tą koncepcję, był wyrok z 9 listopada 1993 roku w sprawie Birds Eye Walls Ltd. v. Friedel M. Roberts[54]. Dotyczyła ona tzw. emerytur pomostowych wypłacanych przez pracodawcę z dodatkowego prywatnego funduszu pracownikom płci męskiej i żeńskiej, którzy odeszli na wcześniejszą emeryturę ze względu na zły stan zdrowia. Pani Roberts podniosła zarzut, że sposób obliczania takiej emerytury, który w przypadku osób między 60 a 65 rokiem życia prowadzi do wypłaty kobietom niższej emerytury niż mężczyznom znajdującym się w porównywalnej sytuacji, narusza zakaz dyskryminacji ze względu na płeć. W postępowaniu przed Trybunałem Sprawiedliwości Komisja wskazywała, że pracodawca w ten sposób „starał się zapewnić rów-

[53] Por. C. Mchugh, op. cit., s. 34. Zob. też H. Fenwick, *Indirect Discrimination in Equal Pay Claims: Backward Steps in the European Court of Justice?*, „European Public Law" 1995, t. 1, nr 3, s. 335–336, K. Wentholt, *Formal and Substantive Equal Treatment: the Limitations and the Potential of the Legal Concept of Equality*, [w:] *Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives*, T. Loenen, P. R. Rodrigues (red.), Haga–Londyn–Boston 1999, s. 63–63 oraz T. K. Harvey, *The Future for Sex Equality Law in the European Union*, [w:] *Sex Equality Law in the European Union*, T.K. Hervey, D O'Keeffe (red.), Londyn 1996, s. 404.

[54] C-132/92, ECR 1993, s. I–5579.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

ność materialną między osobami różnej płci poprzez rekompensatę nierówności wynikających z różnicy w zakresie wieku emerytalnego”[55]. W istocie bowiem pracownik płci męskiej, który nie ukończył 65 roku życia, a musi odejść na wcześniejszą emeryturę ze względu na stan zdrowia, w przeciwieństwie do pracowników płci żeńskiej nie kwalifikuje się do otrzymywania emerytury państwowej. W związku z tym jego emerytura pomostowa była wyższa. Trybunał Sprawiedliwości nie odniósł się jednak do tej argumentacji, opartej na koncepcji równości materialnej, a jedynie uznał, że w tej sprawie nie miała miejsca dyskryminacja, ponieważ sytuacja obu grup pracowników nie była porównywalna.

Przez długi czas nie uwzględniał również argumentacji rzeczników generalnych, którzy odwoływali się do tej idei. Najszerszy wywód na temat tej kwestii odnajdziemy w opinii rzecznika generalnego Tesauro w sprawie Eckhard Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen[56], która dotyczyła bremeńskiej ustawy o jednakowym traktowaniu kobiet i mężczyzn w sektorze usług publicznych. Zgodnie z jej postanowieniami kobiety korzystały z pierwszeństwa w zatrudnieniu i awansie, jeśli pracodawca sektora publicznego musiał dokonywać wyboru pomiędzy nią a mężczyzną, legitymującym się takimi samymi kwalifikacjami, pod warunkiem że kobiety stanowią mniej niż połowę zatrudnionych w danej jednostce organizacyjnej[57]. W istocie zatem sprawa ta dotyczyła równości szans. Niemniej jednak rzecznik odniósł się także do pozostałych koncepcji równości. Wskazał zatem m.in., że:

> w przeciwieństwie do równości formalnej, która zakłada oparcie nierównego traktowania jednostek na pewnych zróżnicowanych czynnikach, takich jak płeć, zasada równości materialnej odnosi się do koncepcji pozytywnej poprzez oparcie się na wadze tych różnych czynników po to, aby legitymizować nierówne prawa [...] zasada równości materialnej

[55] Ibidem, pkt 15.

[56] C-450/93, ECR 1995, s. I–3051, pkt 7 opinii.

[57] Odnośnie do stanu faktycznego sprawy por. szerzej. M. Rychter-Raj, *Uzasadnione zróżnicowanie pracowników ze względu na płeć*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2003, nr 8, s. 11.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

> uzupełnia zasadę równości formalnej i usprawiedliwia jedynie takie odstępstwa od tej ostatniej, które są uzasadnione tym ogólnym celem, jaki wiąże się z osiąganiem faktycznej równości [...] stworzenie równych szans może oznaczać jedynie, że dane osoby znalazły się w pozycji pozwalającej im osiągnąć równe rezultaty, a zatem wiąże się ona z wyrównaniem warunków dla osiągnięcia równości między przedstawicielami obu płci w punkcie wyjściowym[58].

Trybunał w wyroku z 17 października 1995 roku wydanym w sprawie Eckhard Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen nie odniósł się wprost do różnych koncepcji równości. Potraktował bowiem regulację art. 2 ust. 4 dyrektywy 76/207[59], która pozwalała na podejmowanie działań służących promowaniu równości szans kobiet i mężczyzn, jako wyjątek (czy wręcz derogację, bo takim terminem posłużył się Trybunał w rozstrzygnięciu) od zasady równego traktowania. Trybunał zajął zatem dość szczególne stanowisko, że środki, które – choć pozornie same w sobie dyskryminujące – mają wyeliminować wypadki nierówności występujące w życiu społecznym, stanowią jednocześnie odejście od zasady równego traktowania[60]. Skoro zatem art. 2 ust. 4 dyrektywy ma charakter wyjątkowy, to należy go interpretować w sposób ścisły. Temu wymogowi nie odpowiadają natomiast regulacje będące przedmiotem postępowania w tej sprawie, bowiem gwarantują one kobietom absolutne i bezwarunkowe pierwszeństwo przy zatrudnianiu lub awansie w sektorach, w których nie są one dostatecznie reprezentowane (nie stanowią przynajmniej połowy personelu). W rezultacie Trybunał uznał je za sprzeczne z dyrektywą 76/207. Po-

---

[58] Ibidem, pkt. 13 i 16 opinii.

[59] Dyrektywa 76/207 z 9 lutego 1976 r. w sprawie wprowadzenia w życie zasady równego traktowania kobiet i mężczyzn w zakresie dostępu do zatrudnienia, kształcenia i awansu zawodowego oraz warunków pracy, Dz. Urz. L 39 z 14.02.1976, s. 40–42.

[60] Wniosek z pkt. 17–21 wyroku w sprawie *Kalanke*, C-450/93, ECR 1995, s. I–3051. Por. też E. Łętowska, *Równe traktowanie a granice dopuszczalności programów wyrównawczych*, [w:] *Równość praw kobiet i mężczyzn: ustawodawstwo Unii Europejskiej i Rady Europy, orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Teksty i komentarze*, A. Duda, U. Nowakowska (red.), Warszawa 2001, s. 189.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

nadto zauważył, że zmierzają one do zapewnienia równej reprezentacji mężczyzn i kobiet, a nie równości szans, którą przewiduje art. 2 ust. 4 tej dyrektywy. Tym samym Trybunał, podobnie jak rzecznik generalny Tesauro, dokonał rozgraniczenia między równością szans i równością rezultatu (do tego bowiem sprowadza się równa reprezentacja), tą drugą uznając za niedozwoloną[61]. Nic więc dziwnego, że takie rozstrzygnięcie było krytykowane w doktrynie ze względu na zbyt formalne podejście oraz brak wrażliwości na rzeczywistą społeczną pozycję kobiet[62].

Stąd też w wyroku z 11 listopada 1997 roku w sprawie Hellmut Marschall v. Land Nordrhein-Westfalen[63] Trybunał odstąpił od tego stanowiska i stwierdził, że w sytuacji, gdy w danym sektorze administracji publicznej jest zatrudnionych mniej kobiet niż mężczyzn, a kandydaci obu płci posiadają takie same kwalifikacje zawodowe, dopuszczalne jest preferencyjne traktowanie kobiet przy zatrudnieniu. Takie działanie nie jest sprzeczne z dyrektywą 76/207, pod warunkiem jednak że zostanie przeprowadzona obiektywna ocena wymaganych kryteriów, a same kryteria nie zostaną określone w sposób dyskryminacyjny dla kandydatów płci żeńskiej[64]. Uzasadnieniem dla zmiany podejścia miało być przede wszystkim to, że w przepisach wewnętrznych stosowanych w Nadrenii-Westfalii znalazła się klauzula,

---

[61] Warto bowiem zauważyć, że rzecznik generalny Tesauro mimo dokonania rozróżnienia między równością formalną i materialną doszedł do wniosku, iż bremeńska ustawa jest skierowana na osiągnięcie określonego rezultatu i jako taka nie może być uznana za zgodną z indywidualnym prawem do równego traktowania. Por. szerzej D. Schiek, *Sex Equality Law after Kalanke and Marschall*, „European Law Journal" 1998, t. 4, nr 2, s. 152. W efekcie zarówno rzecznik, jak i Trybunał uznali, że wspólnotowa koncepcja równości płci jest bliższa równości formalnej.

[62] Por. C. Barnard, *The Principle of Equality in the Community Context: P. Grant, Kalanke and Marschall…*, s. 368 i cyt. tam literaturę. Krytyczne stanowisko zajęły także instytucje wspólnotowe, m.in. Komisja wydała komunikat, w którym stwierdziła, że nie wszystkie systemy promocji kobiet są naganne i wskazała, jakie rodzaje pozytywnych działań są dopuszczalne. Por. komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego i Rady dotyczący interpretacji wyroku Trybunału Sprawiedliwości z 17 października 1995 roku w sprawie *C-450/93, Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen,* COM (96) 88.

[63] C-409/95, ECR 1997, s. I–6363.

[64] Ibidem, pkt 35.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

iż „pierwszeństwo przysługuje kobiecie, o ile szczególne względy leżące po stronie mężczyzny nie przechylą szali na jego korzyść". Nie była to zatem regulacja zapewniająca automatyczne i bezwarunkowe pierwszeństwo kobietom przy zatrudnienia, ale przewidująca pewną elastyczność w tym zakresie. Warto jednak odnotować, że Trybunał uwzględnił argument przedstawiony przez rządy landu oraz państw członkowskich, które włączyły się do postępowania, iż nawet wtedy, gdy kandydaci różnych płci mają identyczne kwalifikacje, w praktyce występuje tendencja do promowania mężczyzn, ponieważ istnieją przesądy i stereotypy dotyczące ról i możliwości kobiet w życiu zawodowym, jak np. obawa, że kobiety będą częściej przerywały karierę zawodową na skutek obowiązków domowych i rodzinnych, będą mniej elastyczne w odniesieniu do godzin pracy albo też częściej nieobecne w pracy z powodu ciąży, urodzenia i karmienia dziecka. W rezultacie stwierdził:

> fakt, iż kandydaci płci męskiej i żeńskiej posiadają równe kwalifikacje, nie oznacza, że mają oni takie same szanse[65].

W rozstrzygnięciu tym Trybunał uwzględnił społeczną sytuację kobiet, starając się zapewnić faktyczną, a nie tylko formalną równość. Nie dokonał tu też rozróżnienia między równością szans a równością rezultatu, co może wskazywać na uznanie, że niekoniecznie muszą się one wzajemnie wykluczać (taki wniosek płynął z wyroku w sprawie *Kalanke*).

To stanowisko zostało utrzymane w kolejnych orzeczeniach dotyczących równości szans. W wyroku z 28 marca 2000 roku w sprawie Georg Badeck i inni[66] Trybunał uznał za zgodne z dyrektywą 76/207 m.in. takie przepisy krajowe, które zapewniały kobietom przynajmniej połowę miejsc na szkoleniach zawodowych oraz w składzie organizacji pracowniczych i organów nadzorczych. W kontekście dokonywania oceny regulacji będących przedmiotem postępowania Trybunał po-

[65] Ibidem, pkt 30.
[66] C-158/97, ECR 2000, s. I–1875.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

nownie podkreślił, iż powinny one zapewniać, że kandydaci na dane stanowisko podlegają obiektywnej kwalifikacji, uwzględniającej ich specyficzną osobistą sytuację. Odnosząc się do kryteriów przewidzianych w ocenianych przepisach krajowych, wskazał, że chociaż zostały one sformułowane w sposób neutralny w stosunku do płci, to jednak generalnie faworyzują kobiety.

> Wyraźnie zmierzają one do zapewnienia równości materialnej a nie formalnej, poprzez zmniejszenie nierówności, które mogą pojawić się w praktyce w życiu społecznym[67].

W ten sposób Trybunał odwołał się wprost do równości materialnej, a jednocześnie wskazał na jej istotę. Wcześniej jedynie ogólnie odniósł się do tej koncepcji w wyroku z 30 kwietnia 1998 roku w sprawie CNAVTS v. Évelyne Thibault, stwierdzając, że dyrektywa 76/207 zmierza do zapewnienia równości materialnej, a nie formalnej[68].

Stopniowo zatem równość materialna zaczęła pojawiać się w orzecznictwie, głównie jednak tym, które dotyczyło równości płci. W kolejnych wyrokach Trybunał odnosił się do tej idei, wskazując m.in., że:

> Artykuł 2 ust. 4 dyrektywy 76/207 dopuszcza środki krajowe w dziedzinie dostępu do pracy, które – faworyzując szczególnie kobiety – mają na celu polepszenie ich zdolności do konkurowania na rynku pracy oraz

[67] Ibidem, pkt 32. Podobnie w wyroku z 6 lipca 2000 roku w sprawie Katarina Abrahamsson i Leif Anderson v. Elisabet Fogelqvist, C-407/98, ECR 2000, s. I–5539, pkt 48.

[68] C-136/95, ECR 1998, s. I–2011, pkt 26. Na to ustalenie Trybunał powołał się następnie m.in. w wyroku z 3 lutego 2000 w sprawie Silke-Karin Mahlburg v. Land Mecklenburg-Vorpommern, C-207/98, ECR 2000, s. I–549, pkt 26, w wyroku z 18 marca 2004 roku w sprawie María Paz Merino Gómez v. Continental Industrias del Caucho S.A., C-342/01, ECR 2004, s. I–2605, pkt 37 oraz w wyroku z 16 lutego 2006 roku w sprawie Carmen Sarkatzis Herrero v. Instituto Madrileño de la Salud (Imsalud), C-294/04, ECR 2006, s. I–1513, pkt 37. Wszystkie sprawy dotyczyły ochrony kobiet w ciąży. Por. w tym względzie również G. F. Mancini, S. O'Leary, *The New Frontiers of Sex Equality Law in the European Union*, „European Law Review" 1999, t. 24, nr 4, s. 336.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

robienia kariery na równi z mężczyznami. Przepis ten zmierza do zapewnienia równości materialnej, a nie formalnej, poprzez zmniejszenie faktycznych nierówności mogących występować w życiu społecznym, jak również do zapobiegania niekorzystnym sytuacjom w karierze zawodowej zainteresowanych osób lub ich kompensowania zgodnie z art. 141 ust. 4 TWE[69].

Możemy zatem mówić o coraz częstszym odwoływaniu się przez Trybunał do koncepcji równości materialnej w tej dziedzinie, czemu z pewnością sprzyjały zmiany, zwłaszcza te, które wprowadził Traktat Amsterdamski (por. kolejny punkt rozważań). Przewidziano w nim również nowy art. 13 TWE, który ustanowił podstawę do przyjmowania środków niezbędnych w celu zwalczania wszelkiej dyskryminacji ze względu na inne kryteria takie, jak rasa lub pochodzenie etniczne, religia lub światopogląd, niepełnosprawność, wiek oraz orientacja seksualna, co otworzyło przed Trybunałem nowe możliwości w zakresie dalszego rozwoju zasady równości w prawie Unii Europejskiej, tym bardziej że dyrektywy przyjęte w wykonaniu nowego postanowienia regulowały tzw. działania pozytywne. Analiza orzecznictwa dotyczącego dyskryminacji ze względu na wskazane kryteria pozwala dojść do wniosku, że choć Trybunał dokonał pewnych istotnych ustaleń, jak choćby sformułował ogólną zasadę niedyskryminacji (zakazu dyskryminacji) ze względu na wiek czy też doprecyzował pojęcie niepełnosprawności[70], to jednak nie rozwinął koncepcji równości materialnej

[69] Wyrok z 30 września 2004 roku w sprawie Serge Briheche v. Ministre de l'Intérieur, Ministre de l'Éducation nationale oraz Ministre de la Justice, C-319/03, ECR 2004, s. I–8807, pkt. 25. Podobnie w wyroku z 30 września 2010 roku w sprawie Pedro Manuel Roca Álvarez v. Sesa Start España ETT SA, C-104/09, ECR 2010, s. I–8661, przy czym Trybunał odniósł się tu do art. 157 ust. 4 TFUE, będącego odpowiednikiem art. 141 ust. 4 TWE.

[70] Orzecznictwo w tym zakresie zostanie przybliżone w podrozdziale poświęconym kryteriom, na których opiera się zakazana dyskryminacja. Z ważniejszych rozstrzygnięć należy wymienić w odniesieniu do wieku m.in. wyrok z 22 listopada 2005 roku w sprawie Werner Mangold v. Rüdiger Helm, C. 144/04, ECR 2005, s. I–9981; wyrok z 16 października 2007 roku w sprawie Félix Palacios de la Villa v. Cortefiel Servicios SA, C-411/05, ECR2007, s. I–8531; wyrok z 23 września 2008 roku w sprawie Birgit Bartsch v. Bosch und Siemens Hausgeräte (BSH) Altersfürsorge GmbH,

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

w odniesieniu do tych nowych kryteriów. Warto natomiast zwrócić uwagę na fragment opinii rzecznika generalnego L.A. Geelhoeda z 16 marca 2006 roku wyrażonej w sprawie Sonia Chacón Navas v. Eurest Colectividades SA[71], w którym wskazał, że:

> Przedmiot niektórych zakazów dyskryminacji zawartych w art. 13 TWE, takich jak ze względu na wiek i niepełnosprawność, skutkuje tym, że stwierdzenie zakazanej formalnej nierówności traktowania zawsze będzie wiązać się z materialnym roszczeniem (ang. *substantive claim*) o równy dostęp do zatrudnienia lub zawodu lub równe traktowanie w ich wykonywaniu, równe warunki pracy, równy dostęp do szkolenia zawodowego lub do usprawnień rekompensujących bądź zmniejszających ograniczenia spowodowane wiekiem bądź niepełnosprawnością[72].

Wydaje się zatem, że przynajmniej w przypadku tych dwóch kryteriów można by „wyjść" poza formalne rozumienie omawianej zasady i rozwinąć ideę równości materialnej. Trybunał nie odniósł się jednak do tego zagadnienia, ani w wyroku wydanym w tej sprawie, który dotyczył niedyskryminacji ze względu na niepełnosprawności, ani też w licznych wyrokach dotyczących niedyskryminacji ze względu na wiek. Być może uczyni to w przyszłości, orzekając już z uwzględnieniem Karty Praw Podstawowych[73] i nowych przepisów

C-427/06, ECR 2008, s. I–7245; wyrok z 5 marca 2009 roku w sprawie The Incorporated Trustees of the National Council on Ageing (Age Concern England) v. Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform, C-388/07, ECR 2009, s. I–1569; wyrok z 19 stycznia 2010 roku w sprawie Seda Kücükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG, C-555/07, ECR 2010, s. I–365. Natomiast w odniesieniu do niepełnosprawności należy wymienić przede wszystkim wyrok z 11 lipca 2006 roku w sprawie Sonia Chacón Navas v. Eurest Colectividades SA, C-13/05, ECR 2006, s. I–6467 oraz wyrok z 17 lipca 2008 roku w sprawie S. Coleman v. Attridge Law i Steve Law, C-303/06, ECR 2008, s. I–5603.

[71] C-13/05, ECR 2006, s. I–6467.

[72] Ibidem, pkt 50.

[73] Trybunał odnosił się już kilkakrotnie w swoim orzecznictwie do postanowień Karty dotyczących równości. Na przykład, w wyroku z 19 stycznia 2010 roku w sprawie Seda Kücükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG, C-555/07, ECR 2010, s. I–365, w którym wskazał, iż „zgodnie z art. 21 ust. 1 tej karty zakazana jest wszelka dyskryminacja

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

wprowadzonych przez Traktat z Lizbony. Dobrze byłoby bowiem, aby Trybunał w coraz szerszym zakresie uwzględniał koncepcję równości materialnej.

2.3. Regulacje prawa pierwotnego odnoszące się do równości

Jak wyżej wskazano, ewolucja ogólnej zasady równości i roli pełnionej przez nią we wspólnotowym, a obecnie unijnym porządku prawnym, jest ściśle powiązana z przeobrażeniami dokonującymi się w samej Wspólnocie, a potem Unii Europejskiej. W rezultacie o ile Traktat ustanawiający Europejską Wspólnotę Gospodarczą odwoływał się do równości jedynie w kontekście wynagrodzeń dla pracowników różnej płci (art. 119 TEWG), o tyle Traktat o Unii Europejskiej wprost odniósł się do wolności, demokracji, poszanowania praw człowieka i podstawowych wolności oraz rządów prawa, co zakładało również przestrzeganie ogólnej zasady równości (ustęp 3 preambuły). Potwierdzał to również art. F ust. 2 TUE, który przewidywał, że:

> Unia szanuje prawa podstawowe, zagwarantowane w Europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, podpisanej w Rzymie 4 listopada 1950 roku, oraz wynikające z tradycji konstytucyjnych wspólnych dla państw członkowskich, jako zasady ogólne prawa wspólnotowego.

Odwołanie się do Konwencji miało istotne znaczenie, ponieważ pozwalało uczestnikom postępowania przed Trybunałem Sprawiedliwości powoływać się na orzecznictwo strasburskie, w tym rozstrzygnięcia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka dotyczące równości i niedyskryminacji[74].

---

w szczególności ze względu na [...] wiek", czy w wyroku z 11 listopada 2010 roku w sprawie Dita Danosa v. LKB Līzings SIA, C-232/09, ECR 2010, s. I-11405, pkt 71, gdzie powołał się na ogólną zasadę „równości kobiet i mężczyzn, ustanowioną w art. 23 Karty, który przewiduje, że równość tę należy zapewnić we wszystkich dziedzinach, w tym w zakresie zatrudnienia, pracy i wynagrodzenia".

[74] Por. C. Mchugh, op. cit., s. 38. Odnośnie do znaczenia zasad ogólnych, w tym

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

Prawdziwym przełomem w zakresie dalszego rozwoju zasady równości w prawie UE okazał się jednak Traktat Amsterdamski. Nie tylko potwierdzał on, że Unia opiera się na takich zasadach, jak: wolność, demokracja, poszanowanie praw człowieka i podstawowych wolności oraz rządy prawa, które są wspólne dla państw członkowskich (art. 6 ust. 1 TUE), ale również wprowadził do Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską szereg istotnych postanowień odnoszących się do równości płci. I tak, w art. 2 TWE wskazano, iż zadaniem Wspólnoty jest wspieranie równości kobiet i mężczyzn. Natomiast art. 3 ust. 2 TWE przewidywał, że:

> we wszystkich działaniach podejmowanych przez Wspólnotę zmierza ona do zniesienia nierówności oraz wspierania równości mężczyzn i kobiet.

Kwestia równości płci miała być zatem uwzględniana we wszelkich politykach i działaniach Wspólnoty (nie tylko związanych z zatrudnieniem) i na różnych ich etapach – formułowania, implementacji oraz oceny. Jest to koncepcja tzw. *gender mainstreaming*, rozwijana wcześniej przez Komisję Europejską w jej komunikatach. Najogólniej rzecz biorąc polega ona na uczynieniu zagadnienia równości płci integralną częścią podejmowanych decyzji[75]. Zbliża się zatem do idei równości materialnej, zapewnianej w praktyce.

Ponadto w art. 137 TWE wskazano, że Wspólnota wspiera i uzupełnia działania państw członkowskich w kilku obszarach, m.in. w zakresie zapewnienia równości mężczyzn i kobiet w odniesieniu do ich szans na rynku pracy i traktowania w pracy. Wreszcie w art. 141 ust. 4 TWE podkreślono, że:

Europejskiej Konwencji Ochrony Praw Człowieka i Podstawowych Wolności w kontekście ochrony przed dyskryminacją por. też E. Ellis, *EU Anti-Discrimination Law*, Oxford 2005, s. 315 i n.

[75] Por. szerzej A. Wiktorska-Święcka, *Europejska polityka równości płci a równość szans kobiet i mężczyzn na rynku pracy na przykładzie Polski*, [w:] *Równość w Unii Europejskiej – teoria i praktyka*, W. Bokajło, A. Pacześniak (red.), Wrocław 2008, s. 333–335.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

> w celu zapewnienia pełnej równości między mężczyznami i kobietami w życiu zawodowym zasada równości traktowania nie stanowi przeszkody dla państwa członkowskiego w utrzymaniu lub przyjmowaniu środków przewidujących specyficzne korzyści, zmierzające do ułatwienia wykonywania działalności zawodowej przez osoby płci niedostatecznie reprezentowanej bądź zapobiegania niekorzystnym sytuacjom w karierze zawodowej i ich kompensowania.

Przepis ten stał się podstawą do podejmowania tzw. działań pozytywnych i należy uznać go za przejaw równości materialnej. Nic więc dziwnego, że w swoim orzecznictwie Trybunał zaczął odnosić się również do tego postanowienia.

Niezależnie od tego dodano nowy art. 13 TWE, który przewidywał, że:

> bez uszczerbku dla innych postanowień niniejszego Traktatu i w granicach kompetencji, które Traktat powierza Wspólnocie, Rada, stanowiąc jednomyślnie na wniosek Komisji i po konsultacji z Parlamentem Europejskim, może podjąć środki niezbędne w celu zwalczania wszelkiej dyskryminacji ze względu na płeć, rasę lub pochodzenie etniczne, religię lub światopogląd, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną.

Przepis ten nie odnosił się wprawdzie do równości, ale zwalczania dyskryminacji[76], jednakże należy o nim wspomnieć, ze względu na jego zakres przedmiotowy. Odwoływał się on bowiem do innych kryteriów niż płeć i przynależność państwowa, a ponadto zawierał upoważnienie do przyjmowania aktów prawnych mających na celu eliminację wszelkiej dyskryminacji, a zatem nie tylko w dziedzinie zatrudnienia. W tym sensie z jednej strony, uzupełniał on wyżej przytoczone regulacje dotyczące równości płci, a zwłaszcza art. 3 ust. 2 TWE, który również nie ograniczał się do kwestii związanych z zatrudnieniem, a z drugiej potwierdzał zamiar rozwijania wspólnotowej

[76] Z tego względu zostanie on bardziej szczegółowo omówiony w następnym podrozdziale dotyczącym dyskryminacji.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

(obecnie unijnej) koncepcji równości, skoro uwzględniał nowe kryteria, na których miał opierać się zakaz dyskryminacji.

Kolejne ważne zmiany w ujmowaniu zasady równości w prawie pierwotnym przynosi **Traktat z Lizbony**. Nie odnajdziemy w nim jednak jednej regulacji dotyczącej omawianego zagadnienia. Postanowienia poświęcone równości znajdują się zarówno w Traktacie o Unii Europejskiej, jak i Traktacie o funkcjonowaniu Unii Europejskiej i odnoszą się do różnych aspektów. Na ich podstawie można stwierdzić, że równość występuje jako wartość, na której opiera się Unia Europejska, jeden z jej celów, kompetencja prawna oraz podstawa do podejmowania działań pozytywnych[77]. Traktatowe przepisy prawne uzupełnia Karta Praw Podstawowych, w której z kolei równość zostaje ujęta m.in. jako prawo podstawowe. W rezultacie postanowienia odnoszące się do omawianej koncepcji wywołują różne skutki prawne.

W przepisie art. 2 TUE wskazuje się, że:

> Unia opiera się na wartościach poszanowania godności osoby ludzkiej, wolności, demokracji, równości, państwa prawnego, jak również poszanowania praw człowieka, w tym praw osób należących do mniejszości. Wartości te są wspólne państwom członkowskim w społeczeństwie opartym na pluralizmie, niedyskryminacji, tolerancji, sprawiedliwości, solidarności oraz na równości kobiet i mężczyzn.

Jak widać, równość zostaje wyraźnie wymieniona obok wolności, demokracji, rządów prawa oraz poszanowania praw człowieka, co należy traktować jako zamiar podkreślenia roli, jaką pełni ona wśród

---

[77] Tak na tle postanowień Traktatu Konstytucyjnego M. Bell, *Equality and the European Union Constitution*, „Industrial Law Journal" 2004, t. 33, nr 3, s. 244. Wobec braku zmian tych postanowień w Traktacie z Lizbony uwagi te można odnieść do jego regulacji. Do podobnych wniosków na tle Traktatu z Lizbony dochodzi M. Domańska, *Zasada równości (zakaz dyskryminacji)*, [w:] *Stosowanie prawa Unii Europejskiej przez sądy*, A. Wróbel (red.), Warszawa 2010, s. 157, która zauważa, że niektóre przepisy regulujące omawiane zagadnienie „stanowią samodzielne źródło zasad ogólnych, inne upoważniają właściwe organy UE do ustanowienia prawa pochodnego [...], a niektóre są bezpośrednio skuteczne i mogą być powoływane przez jednostki w sporze przeciwko państwu lub innej jednostce".

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

tych podstawowych koncepcji. Podobny charakter ma przepis art. 21 ust. 1 TUE, który odnosi się do działań Unii na arenie międzynarodowej. Wynika z niego, że równość leży u podstaw utworzenia, rozwoju i rozszerzenia Unii oraz ma być wspierana w jej relacjach z innymi podmiotami prawa międzynarodowego. Postanowienia te wzmacniają status równości jako szczególnej wartości, która odgrywa ważną rolę w procesie integracji europejskiej.

Kolejna ogólna, a zarazem deklaratywna, regulacja zawarta jest w art. 4 ust. 2 TUE, który przewiduje, że „Unia szanuje równość państw członkowskich wobec Traktatów". Jest to pierwsze tak wyraźne odniesienie się w przepisach traktatowych do idei równości w stosunku do krajów członkowskich, choć już wcześniej zwracał na tę kwestię uwagę Trybunał Sprawiedliwości w swoim orzecznictwie. Z kolei art. 9 TUE reguluję zasadę równości obywateli UE, którzy mają być traktowani z jednakową uwagą przez instytucje, organy i jednostki organizacyjne Unii we wszystkich podejmowanych przez nie działaniach. I w tym przypadku mamy do czynienia z przepisem o charakterze deklaratywnym, a jego konkretyzacja następuje w klauzulach niedyskryminacyjnych przewidzianych w art. 18 i 19 TFUE oraz tytule III Karty Praw Podstawowych[78].

Do równości odnoszą się także te postanowienia traktatowe, które określają cele Unii. Jedynym z nich jest wspieranie jej wartości, co zakłada bardziej aktywne działania niż te, które wiążą się jedynie z ich przestrzeganiem. W rezultacie w doktrynie wskazuje się, że ta regulacja wprowadzona przez Traktat z Lizbony stanowi podstawę do przyjmowania przepisów prawnych służących promowaniu i realizacji wartości Unii[79]. Niezależnie od tego w art. 3 ust. 3 TUE podkreśla się, że Unia:

---

[78] Por. C. Mik, *Umocnienie legitymacji demokratycznej Unii Europejskiej*, [w:] *Traktat z Lizbony. Główne reformy ustrojowe Unii Europejskiej*, J. Barcz (red.), Warszawa 2008, s. 104.

[79] Por. szerzej. A. T. Williams, *Promoting Justice after Lisbon: Groundwork for a New Philosophy of EU Law*, „Oxford Journal of Legal Studies" 2010, t. 30, nr 4, s. 676 i 678.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

> zwalcza wyłączenie społeczne i dyskryminację oraz wspiera sprawiedliwość i ochronę socjalną, równość kobiet i mężczyzn, solidarność między pokoleniami i ochronę praw dziecka.

Należy zauważyć, że o ile wspieranie równości kobiet i mężczyzn było przewidziane wśród zadań Wspólnoty, to zwalczanie dyskryminacji, ochrona praw dziecka oraz wspieranie solidarności między pokoleniami, które może wymagać walki z dyskryminacją ze względu na wiek, stanowią nowe elementy. W doktrynie wyrażane jest stanowisko, że chociaż regulacje art. 2 oraz 3 ust. 3 TUE nie tworzą żadnych praw dla jednostek, to jednak ich usytuowanie wśród początkowych postanowień Traktatu potwierdza przywiązanie Unii do równości i jej ważną rolę jako wartości leżącej u podstaw funkcjonowania tej organizacji[80]. Warto przy tym zauważyć, że wskazane cele zostają ujęte jako działania pozytywne – nie chodzi zatem jedynie o przestrzeganie zakazu dyskryminacji, ale jej zwalczanie w praktyce[81]. Z jednej strony, tworzy to podstawę do oczekiwań, że równość stanie się centralnym elementem polityk Unii Europejskiej[82], co potwierdzają również postanowienia art. 8 i 10 TFUE dotyczące strategii *mainstreaming*. Z drugiej natomiast, mamy do czynienia jedynie z ogólnymi zobowiązaniami Unii i nie wiadomo, czy doczekają się one konkretyzacji w ramach podejmowanych przez nią działań[83].

Kolejne przepisy, które odnoszą się do równości, zawarte są w Traktacie o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. W art. 8 TFUE podkreśla się, że:

> we wszystkich swoich działaniach Unia zmierza do zniesienia nierówności oraz wspierania równości mężczyzn i kobiet

---

[80] Por. E. Howard, *EU Equality Law: Three Recent Developments*, „European Law Journal" 2011, t. 17, nr 6, s. 786.

[81] J. Maliszewska-Nienartowicz, *Rola zasady równości w prawie Wspólnoty/Unii Europejskiej (w ujęciu ewolucyjnym)*, „Studia Europejskie" 2011, nr 4, s. 91.

[82] Tak. M. Bell, *Equality and the European Union*…, s. 254.

[83] Ibidem, s. 255. Podobnie C. Mchugh, op. cit., s. 43, który zauważa, że ogólność i szeroki zakres tych postanowień mogą osłabić ich potencjalny wpływ na politykę unijną, w tym kształtowanie programu prac legislacyjnych.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

Przepis ten ma charakter zasady wyznaczającej obowiązek Unii, któremu nie odpowiada jednak prawo kobiet i mężczyzn, czy też ewentualnie innych podmiotów, np. organizacji pozarządowych domagania się zapewnienia równego traktowania we wszelkich dziedzinach należących do właściwości Unii[84]. W wyroku z 11 marca 2011 roku w sprawie Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL, Yann van Vugt, Charles Basselier v. Conseil des ministres[85] Trybunał zauważył, że urzeczywistniając równość kobiet i mężczyzn, to prawodawca unijny określa, kiedy powinna nastąpić jego interwencja, biorąc pod uwagę zadanie powierzone na mocy art. 3 ust. 3 akapit drugi TUE i art. 8 TFUE, jak również ewolucję warunków gospodarczych i społecznych w Unii.

Natomiast w art. 10 TFUE przewiduje się , że:

> przy określaniu i realizacji swoich polityk i działań Unia dąży do zwalczania wszelkiej dyskryminacji ze względu na płeć, rasę lub pochodzenie etniczne, religię lub światopogląd, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną.

W tym przypadku również mamy do czynienia z przepisem określającym obowiązek Unii, któremu nie towarzyszy jednak prawo jednostek, zwłaszcza do niedyskryminacyjnego traktowania ze względu na wskazane w nim kryteria. Jest to zasada prawa unijnego, która może być wykonana w większym lub mniejszym stopniu, w zależności od stanu faktycznego i prawnego[86].

Oba postanowienia stanowią podstawę dla dalszego rozwoju strategii *mainstreaming*, co ma szczególne znaczenie w odniesieniu do kryteriów innych, niż płeć, bowiem stanowi nowe rozwiązanie. W doktrynie podkreśla się, że mamy tu do czynienia z normami interpretacyjnymi, które powinny być uwzględniane przy ustalaniu

---

[84] Por. szerzej A. Wróbel, *Art. 8*, [w:] *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz*, t. I, A. Wróbel, D. Miąsik, N. Półtorak (red.), Warszawa 2012, s. 222 i 224.

[85] C-236/09, pkt 20, niepubl., dostępny na stronie curia.europa.eu.

[86] Por. szerzej A. Wróbel, *Art.10*, [w:] *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz*, t. I, A. Wróbel, D. Miąsik, N. Półtorak (red.), Warszawa 2012, s. 233 i 234.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

kierunków wszystkich działań Unii[87]. Należy zarazem zauważyć, iż w przeciwieństwie do innych przepisów o horyzontalnym charakterze, które nakazują „brać pod uwagę" pewne zagadnienia, jak choćby wymogi związane z ochroną środowiska (art. 11 TFUE), czy ochroną konsumenta (art. 12 TFUE), we wskazanych regulacjach pojawia się dalej idące zobowiązanie traktowania równości jako jednego z celów wszystkich polityk[88]. Oznacza to, że wszystkie polityki Unii i wszystkie jej instytucje, organy oraz jednostki administracyjne mają być zaangażowane w zapewnianie równości, co wymaga jednak podjęcia praktycznych działań[89]. Może się jednak okazać, że brakuje w tym zakresie wystarczającej podstawy kompetencyjnej, dlatego też często działania typu *mainstream* są realizowane za pomocą tzw. *soft law*[90].

Warto też podkreślić, że o ile przepis art. 8 TFUE przewiduje dążenie do „zniesienia nierówności oraz wspierania równości mężczyzn i kobiet", o tyle art. 10 TFUE „do zwalczania wszelkiej dyskryminacji". Jest to rozróżnienie zbliżone do tego, z którym mamy do czynienia w kontekście celów Unii Europejskiej, w ramach których osobno mowa o zwalczaniu dyskryminacji oraz wspieraniu równości mężczyzn i kobiet. Możemy zatem mówić o świadomej strategii twórców Traktatu z Lizbony, którzy zdecydowali się rozdzielić te dwie grupy zagadnień. Zarazem jednak mamy do czynienia ze swoistego rodzaju uprzywilejowaną pozycją problematyki równości płci, co wiąże się z faktem, że w jej ramach występuje często tzw. dyskryminacja strukturalna, której nie da się wyeliminować tylko poprzez zakaz wszelkiej dyskryminacji,

[87] Por. M. Domańska, op. cit., s. 160. Można również spotkać się z poglądem, iż Trybunał Sprawiedliwości UE powinien starać sie nakłonić sądy krajowe do stosowania strategii *gender mainstreaming* przy ocenie takich praktyk przedsiębiorców, które prowadzą do nierównego traktowania kobiet i mężczyzn. Por. szerzej A. G. Panopolous, *Barriers to Financing: Is European Union Indirect Discrimination Law the Answer for Female Entrepreneurs?*, „Cardozo Journal of Law & Gender" 2010, t. 16, nr 3, s. 572.

[88] Jest to szczególnie widoczne w wersji anglojęzycznej wskazanych przepisów – „The Union shall aim [...]" (czasownik: zmierzać, dążyć do; rzeczownik: cel).

[89] Por. szerzej M. Bell, op. cit., s. 255. Autor słusznie zauważa, że dotychczasowe doświadczenia związane z realizacją strategii *gender mainstreaming* pokazują, jak duże wyzwania łączą się z jej przełożeniem na spójną codzienną praktykę.

[90] Por szerzej A Wróbel, *Art. 8*, [w:] *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej...*, s. 227.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

ale trzeba podejmować także działania pozytywne[91]. W doktrynie wyrażany jest pogląd, że te ogólne regulacje dotyczące równości kobiet i mężczyzn mogą wywierać pewne pozytywne skutki, bowiem przez podkreślenie szczególnej roli, jaką zajmuje to zagadnienie w ramach prawa UE, sądy tak unijne, jak i krajowe uzyskują narzędzie pozwalające im zastosować wykładnię celowościową w przypadku pojawienia się wątpliwości interpretacyjnych[92].

Bardziej szczegółowe regulacje dotyczące równości płci odnajdziemy w art. 153 TFUE (dawny art. 137 TWE) oraz art. 157 ust. 4 TFUE (dawny art. 141 ust. 4 TWE). Ten pierwszy przewiduje ogólne zobowiązanie Unii do wspierania i uzupełniania działań państw członkowskich m.in. w zakresie zapewnienia równości mężczyzn i kobiet w odniesieniu do ich szans na rynku pracy i traktowania w pracy – ma zatem charakter sektorowy. Natomiast ten drugi, jak i do tej pory, reguluje możliwość utrzymania lub przyjmowania przez państwa członkowskie środków przewidujących specyficzne korzyści, zmierzające do ułatwienia wykonywania działalności zawodowej przez osoby płci niedostatecznie reprezentowanej bądź zapobiegania niekorzystnym sytuacjom w karierze zawodowej i ich kompensowania. Mają one służyć zapewnieniu pełnej równości między mężczyznami i kobietami w życiu zawodowym. Warto zarazem zauważyć, że nie określono w Traktacie z Lizbony podstawy do podejmowania działań pozytywnych w odniesieniu do innych kryteriów niż płeć, mimo że przewidują je dyrektywy, które zostały przyjęte na podstawie art. 13 TWE[93]. O ile zatem, akty prawa wtórnego wskazują na „zapew-

---

[91] Przypomnijmy, że mają one na celu wspieranie równości materialnej (faktycznej) i mogą polegać nawet na przyznaniu pewnych korzyści, co w istocie prowadzi do odwrócenia dyskryminacji.

[92] Tak słusznie E. Ellis, *The Impact of the Lisbon Treaty on Gender Equality*, „European Gender Equality Law Review" 2010, t. 1, nr 1, s. 8.

[93] Dyrektywa Rady 2000/43/WE z dnia 29 czerwca 2000 r. wprowadzająca w życie zasadę równego traktowania osób bez względu na pochodzenie rasowe lub etniczne (Dz. Urz. L 180 z 19.7.2000, s. 22–26) przewiduje w art. 5, że: „dla zapewnienia całkowitej równości w praktyce zasada równego traktowania nie stanowi przeszkody w utrzymywaniu lub przyjmowaniu przez państwo członkowskie szczególnych środków mających zapobiegać lub wyrównywać niedogodności związane z pochodzeniem

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

nienie całkowitej równości", co wiąże się z koncepcją równości materialnej, o tyle w Traktacie z Lizbony dominuje podejście formalne. Znajduje ono wyraz także w tzw. klauzulach niedyskryminacyjnych przewidzianych w art. 18 i 19 TFUE (dawne art. 12 i 13 TWE). Z uwagi na ich związek z koncepcją dyskryminacji zostaną one omówione w kolejnym podrozdziale.

Źródłem prawa pierwotnego jest także **Karta Praw Podstawowych**, która zawiera osobny tytuł III: „Równość". Analiza jego postanowień pozwala dojść do wniosku, że podobnie jak w Traktacie, nie mamy tu do czynienia z jednolitą i spójną koncepcją równości. Przede wszystkim bowiem po ogólnej regulacji zasady równości wobec prawa (art. 20) oraz zakazu wszelkiej dyskryminacji (art. 21), następuje odniesienie do takich kwestii, jak: zróżnicowanie kulturalne, religijne i językowe (art. 22), równość kobiet i mężczyzn (art. 23), prawa dziecka (art. 24), prawa osób w podeszłym wieku (art. 25) oraz integracja osób niepełnosprawnych (art. 26), co zakłada ich szczególne traktowanie. Należy jednak zauważyć, że przepisy dotyczące tych obszarów, z wyjątkiem równości płci, są dość ogólne, bardziej wyrażają aspiracje i dążenia Unii, niż stanowią konkretne zobowiązanie po jej stronie[94]. Wiąże się to również z tym, że zgodnie z wyjaśnieniami dołączonymi do Karty[95] większość spośród wskazanych wyżej przepisów ma status zasad – dotyczy to regulacji art. 20, art. 25 i art. 26. Z kolei elementy prawa i zasady zawarte są w art. 23. Nie jest natomiast jasny status

rasowym lub etnicznym". Natomiast Dyrektywa Rady 2000/78/WE z dnia 27 listopada 2000 r. ustanawiająca ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy (Dz. Urz. L 303 z 2.12.2000, s. 16–22) przewiduje w art. 7, że: „1. W celu zapewnienia całkowitej równości w życiu zawodowym, zasada równości traktowania nie stanowi przeszkody dla utrzymywania lub przyjmowania przez państwo członkowskie szczególnych środków mających zapobiegać lub wyrównywać niedogodności, u podstaw których leży jedna z przyczyn określonych w art. 1. 2. W odniesieniu do osób niepełnosprawnych, zasada równego traktowania nie stanowi przeszkody dla prawa państw członkowskich do utrzymywania lub przyjmowania przepisów dotyczących ochrony zdrowia i bezpieczeństwa w miejscu pracy, ani środków mających na celu stworzenie lub utrzymanie przepisów bądź ułatwień w celu ochrony lub wspierania integracji w środowisku pracy".

[94] Tak słusznie C. Mchugh, op. cit., s. 44.

[95] Dz. Urz. C 303 z 14.12.2007, s. 17–35.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

art. 21, art. 22 i art. 24, gdyż nie zawarto wskazówek co do natury zawartych w nich postanowień[96]. Tymczasem rozróżnienie to ma istotne znaczenie, bowiem zasady są pewnymi celami, czy też priorytetami, które Unia formułuje jako standardy do osiągnięcia[97]. Nie mają one konkluzywnego charakteru i nie proklamują samodzielnych reguł postępowania[98], a co najważniejsze przepisy, które zawierają zasady, nie mogą stanowić podstawy samodzielnych roszczeń dochodzonych przed sądami krajowymi[99]. W doktrynie wyrażany jest jednak pogląd, że sądy te, dokonując wykładni zgodnej z Kartą przepisów wewnętrznych implementujących prawo Unii, mają obowiązek zapewnić efektywność zasad w krajowym porządku prawnym[100].

---

[96] Por. C. Mik, *Karta praw podstawowych: wyznaczniki standardów ochronnych*, [w:] *Ochrona praw podstawowych w Unii Europejskiej*, J. Barcz (red.), Warszawa 2008, s. 68, który zauważa zarazem, że w związku z tymi niejasnościami, to judykatura (unijna i krajowa) będzie mogła zająć stanowisko w sprawie charakteru tych konkretnych praw podstawowych, nie jest jednak jasne, jakimi kryteriami powinna się ona kierować.

[97] Tak C. Mik, *Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej. Zagadnienia podstawowe*, [w:] *Traktat Nicejski*, A. Podraza (red.), Lublin 2001, s. 77. Podobnie M. Jeżewski, *Karta Praw Podstawowych w Traktacie Reformującym Unii Europejskiej*, [w:] *Prawa podstawowe w prawie i praktyce Unii Europejskiej*, C. Mik, K. Gałka (red.), Toruń 2009, s. 24 oraz A. Bodnar, *Karta Praw Podstawowych: zróżnicowany charakter prawny postanowień Karty i ich skutki dla jednostek, sądów oraz ustawodawcy*, [w:] *Ochrona praw podstawowych w Unii Europejskiej*, J. Barcz (red.), Warszawa 2008, s. 156, który podkreśla, że odniesienie się do zasad ma takie znaczenie, że prawo unijne stwarza możliwość zidentyfikowania ważnych pól działania, w których organy Unii mogą działać na rzecz ich urzeczywistnienia.

[98] Por. E. Morawska *Konstrukcja normatywna praw podstawowych Unii Europejskiej w Karcie Praw Podstawowych Unii Europejskiej*, [w:] *Prawa podstawowe w prawie i praktyce*..., s. 57.

[99] Por. I. C. Kamiński, *Karta Praw Podstawowych jako połączenie praw i zasad – strukturalna wada czy szansa?*, [w:] *Karta Praw Podstawowych w europejskim i krajowym porządku prawnym*, A. Wróbel (red.), Warszawa 2009, s. 41. Taka interpretacja wynika z art. 52 ustęp 5 Karty, który przewiduje, że postanowienia zawierające zasady mogą być wprowadzane w życie przez unijne akty prawodawcze i wykonawcze oraz przez akty państw członkowskich, gdy wykonują one prawo Unii, korzystając ze swoich odpowiednich uprawnień; przed sądami można się na nie powoływać jedynie w celu wykładni tych aktów i kontroli ich legalności.

[100] Por. szerzej A. Wróbel, *O niektórych problemach sądowego stosowania Karty Praw Podstawowych*, [w:] *Karta Praw Podstawowych w europejskim i krajowym*..., s. 94–95.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

Postanowienie art. 20 Karty – „wszyscy są równi wobec prawa" – jest wyrazem idei równości formalnej, ujętej bardzo ogólnie bez odnoszenia się do grup społecznych szczególnie narażonych na dyskryminację[101]. W każdym razie regulacja ta uniemożliwia odmienne traktowanie takich samych stanów faktycznych[102]. Art. 21 ust. 1 Karty przewiduje z kolei, że:

> Zakazana jest wszelka dyskryminacja w szczególności ze względu na płeć, rasę, kolor skóry, pochodzenie etniczne lub społeczne, cechy genetyczne, język, religię lub przekonania, poglądy polityczne lub wszelkie inne poglądy, przynależność do mniejszości narodowej, majątek, urodzenie, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną.

Natomiast art. 21 ust. 2 Karty reguluje podobny zakaz w odniesieniu do kryterium przynależności państwowej. Trzeba zatem zauważyć, że Karta Praw Podstawowych odwołuje się do szerszej niż Traktaty grupy kryteriów. Ponadto użyty w przepisie art. 21 ust. 1 zwrot „w szczególności" pozwala na zastosowanie zakazu dyskryminacji również w stosunku do innych przesłanek, ale ponieważ nie zostały one wymienione wprost, wskazanie, że dana sytuacja ma charakter dyskryminacyjny, spoczywać będzie na ewentualnych wnioskodawcach[103]. Należy przy tym mieć na uwadze te ograniczenia, jakie wynikają z art. 51 Karty, czyli to, że jej postanowienia mają zastosowanie do „państw członkowskich wyłącznie w zakresie, w jakim stosują one prawo Unii", oraz że „Karta nie rozszerza zakresu zastosowania prawa Unii poza kompetencje Unii, nie ustanawia nowych kompetencji ani zadań Unii, ani też nie zmienia kompetencji i zadań określonych w Traktatach"[104]. Te postanowienia mają istotne znaczenie dla

---

[101] M. Bell, op. cit., s. 248.

[102] P. Turczyński, *Zasada równości i jej interpretacja w prawie pierwotnym UE*, [w:] *Równość w Unii Europejskiej – teoria i praktyka*, W. Bokajło, A. Pacześniak (red.), Wrocław 2008, s. 141.

[103] Ibidem.

[104] Słusznie zwracają na to uwagę K. Lenaerts, P. Foubert, *Social Rights in the Case-Law of the European Court of Justice. The Impact of the Charter of Fundamental*

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

dochodzenia praw wynikających z naruszenia zakazu dyskryminacji ze względu na nowe kryteria, które nie są uregulowane w Traktatach oraz prawie wtórnym UE[105]. Tak naprawdę oznaczają bowiem, że Karta nie tworzy nowych praw dla jednostek i nie rozszerza ich ochrony zapewnionej w dyrektywach, zwłaszcza tych przyjętych w 2000 roku (patrz niżej). Jednakże wyraźna regulacja równości wobec prawa i zakaz dyskryminacji odnoszący się do otwartego katalogu kryteriów mogą być postrzegane jako krok naprzód w zakresie ochrony przed dyskryminacją[106]. Trybunał Sprawiedliwości może bowiem wykorzystać te postanowienia Karty dla interpretacji obowiązujących dotąd regulacji unijnych w kierunku rozszerzenia istniejących praw[107].

Z bardziej konkretnym postanowieniem, będącym zarazem wyrazem koncepcji równości materialnej, mamy natomiast do czynienia w przepisie art. 23 Karty, który odnosi się do równości płci. Przewidziano tam, że:

> Należy zapewnić równość kobiet i mężczyzn we wszystkich dziedzinach, w tym w zakresie zatrudnienia, pracy i wynagrodzenia. Zasada równości nie stanowi przeszkody w utrzymywaniu lub przyjmowaniu

Rights of the European Union on Standing Case-law, „Legal Issues of Economic Integration" 2001, t. 28, nr 3, s. 295.

[105] Jak wskazuje się bowiem w wyjaśnieniach dotyczących Karty Praw Podstawowych: „nie istnieje sprzeczność między ustępem 1 art. 21 a artykułem 19 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, którego zakres zastosowania i przedmiot są inne: artykuł 19 przyznaje Unii kompetencję do przyjmowania aktów prawodawczych, łącznie z harmonizacją przepisów ustawowych i wykonawczych państw członkowskich, aby zwalczać niektóre formy dyskryminacji określone wyczerpująco w tym artykule. [...] Natomiast artykuł 21 ustęp 1 nie przyznaje żadnej kompetencji do przyjęcia ustaw antydyskryminacyjnych w tych dziedzinach […] Dotyczy on natomiast dyskryminacji ze strony instytucji i organów Unii w wykonywaniu kompetencji przyznanych im na mocy Traktatów oraz ze strony państw członkowskich, wyłącznie gdy wykonują one prawo Unii". Będzie zatem chodziło o praktyki lub przepisy, które wiążą się albo z wykonywaniem kompetencji przez instytucje unijne, albo też z wykonywaniem prawa Unii przez państwa członkowskie.

[106] E. Howard, *EU Equality Law*..., s. 787.

[107] Ibidem, s. 787–788.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

środków zapewniających specyficzne korzyści dla osób płci niedostatecznie reprezentowanej.

Warto zatem zwrócić uwagę na szerszy zakres tej regulacji niż art. 157 ust. 3 i 4 TFUE, który odnosi się jedynie do „życia zawodowego". W Karcie mowa natomiast o równości we wszystkich dziedzinach, choć zarazem pozostawia się zapis o zatrudnieniu, pracy oraz wynagrodzeniu, co może sugerować, że na tych obszarach mają koncentrować się działania instytucji unijnych. Należy odnotować, że sprzeczność z omawianym postanowieniem stała się podstawą do stwierdzenia nieważności art. 5 ust. 2 dyrektywy Rady 2004/113/WE z 13 grudnia 2004 r. wprowadzającej w życie zasadę równego traktowania mężczyzn i kobiet w zakresie dostępu do towarów i usług oraz dostarczania towarów i usług[108]. Podkreśla to znaczenie art. 23 Karty, głównie z tego względu że ma on szerszy zakres przedmiotowy niż stosowne przepisy Traktatów oraz aktów prawa wtórnego.

Co równie istotne, stanowi on podstawę do podejmowania tzw. działań pozytywnych przez instytucje unijne, podczas gdy art. 157 ust. 4 TFUE odnosi się jedynie do państw członkowskich. Niestety, przy regulacji tego zagadnienia zrezygnowano z postanowienia, że służą one zapewnieniu pełnej równości między mężczyznami a kobietami[109]. Nie bardzo też wiadomo, jak należy rozumieć stwierdzenie zawarte w wyjaśnieniach dotyczących Karty Praw Podstawowych, gdzie przepis art. 23 zostaje ujęty jako ten, który zawiera elementy prawa i zasady. Trudno bowiem stwierdzić, w jakim zakresie jest to prawo, a w jakim zasada. Dobrze byłoby, aby głos w tej sprawie zajął sam Trybunał Sprawiedliwości.

---

[108] Nastąpiło to w wyroku Trybunału Sprawiedliwości z 11 marca 2011 roku w sprawie Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL, Yann van Vugt, Charles Basselier v. Conseil des ministres, C-236/09, niepubl., dostępny na stronie curia.europa.eu. Przepis art. 5 ust. 2 dyrektywy 2004/113 przewidywał, że: „niezależnie od ust. 1 państwa członkowskie mogą zdecydować przed 21 grudnia 2007 r. o zezwoleniu na proporcjonalne różnice w składkach i świadczeniach poszczególnych osób, w przypadkach, w których użycie płci jest czynnikiem decydującym w ocenie ryzyka opartego na odpowiednich i dokładnych danych aktuarialnych i statystycznych".

[109] Por. M. Bell, op. cit., s. 249 i cyt. tam literaturę.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

Warto zwrócić także uwagę na regulacje zawarte w art. 33 ust. 2 i 34 ust. 1 Karty, które odnoszą się do ochrony kobiet w związku z macierzyństwem. Pierwszy z przepisów przewiduje prawo do ochrony przed zwolnieniem z pracy z powodów związanych z macierzyństwem oraz prawo do płatnego urlopu macierzyńskiego oraz do urlopu wychowawczego po urodzeniu lub przysposobieniu dziecka, co stanowi potwierdzenie standardów wykształconych w tym zakresie w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości oraz wynikających z prawa wtórnego UE. Należy jednak zwrócić uwagę na wyjaśnienia odnoszące się do tego postanowienia, bowiem wskazano tam, że określenie „macierzyństwo" obejmuje okres od poczęcia do zakończenia karmienia piersią. Z kolei art. 34 ust. 1 potwierdza prawo do świadczeń z zabezpieczenia społecznego oraz do usług społecznych, zapewniających ochronę m.in. w przypadku macierzyństwa, przy czym w wyjaśnieniach do Karty wskazuje się, że jeśli takie usługi nie zostały dotąd wprowadzone w celu zapewnienia pewnych korzyści, to nie oznacza, że muszą zostać stworzone. Nie mamy zatem do czynienia z dalej idącymi zobowiązaniami po stronie Unii w zakresie ochrony kobiet w związku z ciążą i macierzyństwem, ale potwierdzeniem dotychczasowych regulacji prawnych.

Jeśli chodzi o prawa osób niepełnosprawnych, to wprawdzie ogólne postanowienie zawarte w art. 26 Karty:

> Unia uznaje i szanuje prawo osób niepełnosprawnych do korzystania ze środków mających zapewnić im samodzielność, integrację społeczną i zawodową oraz udział w życiu społeczności

tworzy pewne możliwości w zakresie podejmowania działań pozytywnych w tym obszarze, jednakże w wyjaśnieniach dotyczących Karty Praw Podstawowych wskazuje się, że przepis ten stanowi zasadę. Taki sam status ma regulacja art. 25 Karty, która przewiduje, że:

> Unia uznaje i szanuje prawo osób w podeszłym wieku do godnego i niezależnego życia oraz do uczestniczenia w życiu społecznym i kulturalnym.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

Pojawia się zatem pytanie, jakie konkretne zobowiązania ciążą na Unii w związku z tymi ogólnymi deklaracjami, i jakie uprawnienia przysługują osobom niepełnosprawnym oraz osobom w podeszłym wieku na podstawie tych postanowień. Raczej mamy tu do czynienia z zapowiedzią przyszłych działań w tych obszarach, przy czym ich kierunek jest w miarę ściśle określony[110].

***

Należy stwierdzić, że zarówno Traktaty, jak i Karta nie prezentują jednolitej wizji równości – jest ona ujmowana zarówno w kategoriach formalnych, jak materialnych. Pojawiają się nowe elementy tworzące podstawy do jej dalszego rozwoju, jak choćby uznanie ją za jedną z wartości, na których opiera się Unia, czy też ujęcie jej w ramach celów. Jednakże większość postanowień prawa pierwotnego nawiązuje do formalnej koncepcji równości. Jedynie równość płci jest ujmowana również w kategoriach materialnych, o czym świadczą zarówno postanowienia zawarte w art. 8 i 157 ust. 4 TFUE, jak i postanowienia art. 23 Karty. Tworzy to również podstawę do stwierdzenia, że mamy do czynienia ze zróżnicowanym podejściem w zależności od tego, o jakie kryterium chodzi, przy czym płeć zajmuje wyraźnie uprzywilejowaną pozycję. Jak się wydaje, należy to wiązać z faktem, że mimo wysiłków podejmowanych w tym obszarze zarówno przez instytucje unijne, jak i państwa członkowskie, nadal mamy do czynienia ze zróżnicowanym traktowaniem mężczyzn i kobiet w życiu zawodowym, społecznym, politycznym itd. Nie ma jednak przeszkód, aby elementy równości materialnej zaczęły pojawiać się również w odniesieniu do innych kryteriów, jak choćby wiek, niepełnosprawność, czy rasa i pochodzenie etniczne. Wskazują na to postanowienia zawarte w cytowanych wyżej dyrektywach 2000/43 i 2000/78 odnoszące się do działań pozytywnych, czy też w przypadku niepełnosprawności do tzw. racjonalnych usprawnień[111].

---

[110] Por. A. Bodnar, op. cit., s. 156, który wskazuje zarazem, że przepis art. 26 Karty jest przykładem zasady o treści samoistnej.

[111] Art. 5 dyrektywy 2000/78 wskazuje, że „w celu zagwarantowania przestrzegania zasady równego traktowania osób niepełnosprawnych, przewiduje się wprowadze-

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

W każdym razie postanowienia zawarte w Traktatach i Karcie potwierdzają znaczenie równości w systemie prawnym Unii Europejskiej, przewidując dla niej centralne miejsce wśród wartości, na których opiera się ta organizacja. Ma być ona przy tym brana przez wszystkie instytucje, organy i jednostki organizacyjne Unii w ramach podejmowanych przez nie działań. Istotną rolę w tym zakresie pełni zwłaszcza regulacja art. 10 TFUE, która stanowi podstawę do rozwoju strategii *mainstreaming* w odniesieniu do takich kryteriów, jak płeć, rasa lub pochodzenie etniczne, religia lub światopogląd, niepełnosprawność, wiek lub orientacja seksualna. Należy przy tym zauważyć, że osiągnięcie założonego tam celu – zwalczanie wszelkiej dyskryminacji ze względu na wskazane przesłanki przy określaniu oraz realizacji polityk i działań Unii – może być pomocne w zapewnianiu faktycznej równości osób należących do różnych kategorii. W ten sposób potwierdza się również, że same regulacje antydyskryminacyjne odnoszące się do wskazanych kryteriów, nie są wystarczające, ale należy je uzupełnić promowaniem równości w ramach wszelkich polityk, nawet tych, które na pierwszy rzut oka nie wydają się szczególnie ważne[112].

Wreszcie istotne znaczenie dla tworzenia korzystnego klimatu wokół walki z wszelkiego rodzaju dyskryminacją ma przyznanie UE kompetencji, a ściślej zobowiązanie jej do przystąpienia do Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka. Dążenie do zapewnienia równości i zakres ochrony przed dyskryminacją udzielanej przez Europejski Trybunał Praw Człowieka nie pozostanie przecież bez wpływu na interpretację prawa unijnego. Dlatego też w doktrynie zauważa się, że nadanie Karcie statusu prawa pierwotnego, przystąpienie Unii do Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka oraz

nie racjonalnych usprawnień. Oznacza to, że pracodawca podejmuje właściwe środki, z uwzględnieniem potrzeb konkretnej sytuacji, aby umożliwić osobie niepełnosprawnej dostęp do pracy, wykonywanie jej lub rozwój zawodowy bądź kształcenie, o ile środki te nie nakładają na pracodawcę nieproporcjonalnie wysokich obciążeń". Przepisy dyrektyw zostaną szerzej omówione w podrozdziale 3 i 4.

[112] Por. szerzej. M. Bell, *Racism and Equality in the European Union*, Oxford 2008, s. 43.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

usytuowanie równości wśród jej podstawowych wartości podkreślają znaczenie ochrony praw podstawowych, włączając w to prawo do niedyskryminacyjnego traktowania, oraz stwarzają nowe możliwości dla Trybunału Sprawiedliwości w zakresie interpretacji postanowień dotyczących równości i niedyskryminacji[113].

3. Dyskryminacja

3.1. Istota dyskryminacji

Nie istnieje jedna, powszechnie przyjęta definicja dyskryminacji. W doktrynie występuje jednak zbieżność co do tego, że w sensie prawnym pojęcie to nie jest równoważne z rozróżnieniem jako takim, ale ma miejsce wówczas, gdy zróżnicowane traktowanie jest nieuzasadnione i oparte na kryterium zakazanym przez prawo[114]. Dyskryminacja wiąże się zatem z rozróżnianiem osoby w związku z jej przynależnością do określonej grupy lub kategorii, bez uwzględniania osobistych cech, zasług, zdolności czy predyspozycji[115]. Może ono polegać zarówno na ograniczeniu czy wykluczeniu, jak i na nieuzasadnionym lub nienależnym uprzywilejowaniu[116].

Termin „dyskryminacja" jest również używany w przepisach prawnych prawa Unii Europejskiej, ale nie odnajdziemy jego definicji. W prawie wtórnym definiowane są jedynie jej formy, jak choćby dyskryminacja bezpośrednia, pośrednia czy molestowanie seksual-

---

[113] E. Howard, *EU Equality Law*..., s. 799.

[114] M. Miné, *Les concepts de discrimination directe et indirecte*, ERA-Forum 2003, t. 4, nr 3, s. 30.

[115] E. Zielińska, *Ciężar dowodu w przypadkach dyskryminacji ze względu na płeć w świetle dyrektywy Rady 97/80/WE z dnia 15 grudnia 1997 r.*, [w:] *Równość praw kobiet i mężczyzn: ustawodawstwo Unii Europejskiej i Rady Europy, orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Teksty i komentarze*, A. Duda, U. Nowakowska (red.), Warszawa 2001, s. 193.

[116] Por. N. Buchowska, *Prawa pracownicze kobiet w normach Międzynarodowej Organizacji Pracy i Wspólnoty Europejskiej*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny" 1999, nr 2 s. 58.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

ne[117]. Stąd też ustaleń dotyczących istoty dyskryminacji w prawie Unii Europejskiej należy poszukiwać w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości oraz wypowiedziach doktryny. Trybunał stosunkowo szybko odwołał się do tej koncepcji, wskazując w cytowanym już wyżej wyroku z 17 grudnia 1959 roku w sprawie Société des fonderies de Pont-à-Mousson v. Wysoka Władza[118], że dyskryminacja polega na różnym traktowaniu porównywalnych sytuacji przy założeniu, iż istnieje obowiązek i możliwość traktowania wszystkich zainteresowanych stron na takich samych zasadach. Było to zatem dość ogólne określenie istoty dyskryminacji, wiążące ją wyraźnie z koncepcją porównywalności. Trybunał nie wskazał jednak w tym rozstrzygnięciu, kogo lub co należy porównywać. Pewne doprecyzowanie w tym zakresie nastąpiło w wyroku z 10 maja 1960 roku w sprawie Barbara Erzbergbau AG i inni v. Wysoka Władza[119]. Trybunał stwierdził tam, że porównywalność sytuacji przedsiębiorstw nie może brać pod uwagę wszystkich okoliczności, w jakich one się znajdują, bo to założenie prowadziłoby do takiego rezultatu, że przedsiębiorstwo jest porównywalne tylko z samym sobą, co pozbawiłoby koncepcję dyskryminacji wszelkiego znaczenia. Oznacza to, że porównując dane podmioty należy skoncentrować się na jednym elemencie czy właściwości, które są dla nich wspólne.

W wyroku z 13 lipca 1962 roku w sprawie Klöckner-Werke AG i Hoesch AG v. Wysoka Władza[120] Trybunał uznał natomiast, że dyskryminacja wiąże się z różnym traktowaniem podobnych sytuacji, co

---

[117] Por. np. art. 2 ust. 2–4 dyrektywy Rady 2000/43/WE z 29 czerwca 2000 r. wprowadzającej w życie zasadę równego traktowania osób bez względu na pochodzenie rasowe lub etniczne, Dz. Urz. L 180 z 19.7.2000, s. 22–26, art. 2 ust. 2–4 dyrektywy Rady 2000/78/WE z 27 listopada 2000 r. ustanawiającej ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy, Dz. Urz. L 303 z 2.12.2000, s. 16–22, art. 2 ust. 1 pkt. a–d dyrektywy 2006/54/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 5 lipca 2006 r. w sprawie wprowadzenia w życie zasady równości szans oraz równego traktowania kobiet i mężczyzn w dziedzinie zatrudnienia i pracy (wersja przeredagowana), Dz. Urz. L 204 z 26.7.2006, s. 23–36.

[118] Sprawa 14/59, ECR (English Special Edition) 1959, s. 215 i n.

[119] Sprawy połączone 3–58 do 18–58, 25–58 i 26–58, ECR , s. 173.

[120] Sprawy połączone 17 i 20/61, ECR, s. 325.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

w rezultacie prowadzi do powstania niekorzyści po stronie pewnych podmiotów w przeciwieństwie do innych, podczas gdy takie zróżnicowanie nie jest uzasadnione istnieniem znacznych obiektywnych różnic. Wynika z tego, że dyskryminacją nie będzie różne traktowanie podmiotów w podobnych sytuacjach, jeśli można jednocześnie obiektywnie stwierdzić znaczne różnice między nimi, które usprawiedliwiają takie zróżnicowanie[121]. Należy jednak zauważyć, że jeśli między podmiotami zachodzą znaczne różnice, to tak naprawdę nie są one w porównywalnej sytuacji.

Wówczas znajdzie zastosowanie teza kolejnego wyroku wydanego 17 lipca 1963 roku w sprawie Republika Włoska v. Komisja, a zatem już na gruncie postanowień Traktatu o Europejskiej Wspólnocie Gospodarczej, iż „różne traktowanie nieporównywalnych sytuacji nie prowadzi automatycznie do konkluzji, że ma miejsce dyskryminacja"[122]. Trybunał dokonał tam również rozróżnienia między dyskryminacją formalną a materialną, wskazując, że niekoniecznie muszą one występować łącznie. Dyskryminacja materialna może bowiem wystąpić w przypadku identycznego traktowania różnych sytuacji.

W kolejnych wyrokach Trybunał odniósł się natomiast do kwestii obiektywnego uzasadnienia, stwierdzając, że z zasady niedyskryminacji wynika wymóg, aby: „porównywalne sytuacje nie były różnie traktowane, a różne sytuacje nie były traktowane tak samo, chyba że takie podejście jest obiektywnie uzasadnione"[123]. Tak ujęta formuła nie była potem zmieniana w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości dotyczącym dyskryminacji na podstawie różnych kryteriów[124]. Warto

---

[121] Tak A. Zalasiński, *Zakaz dyskryminacji w sferze podatków bezpośrednich w prawie podatkowym Wspólnoty Europejskiej*, Warszawa 2006, s. 15.

[122] Sprawa 13/63, ECR 1963, s. 165.

[123] Wyrok z 13 grudnia 1984 roku w sprawie Sermide SpA v. Cassa Conguaglio Zucchero i inni, sprawa 106/83, ECR 1984, s. 4209.

[124] Por. np. wyrok z 14 lutego 1995 roku w sprawie Finanzamt Köln–Altstadt v. Roland Schumacker, C-279/93, ECR 1995, s. I–225, pkt 30, gdzie Trybunał sam wskazuje, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem dyskryminacja może mieć miejsce wskutek zastosowania różnych przepisów do porównywalnych sytuacji lub zastosowania takich samych przepisów do różnych sytuacji. Por. też m.in. wyrok z 3 maja 2007 r. w sprawie Advocaten voor de Wereld, C-303/05, ECR 2007, s. I-3633, pkt 56 czy wyrok

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

natomiast bliżej przyjrzeć się jego ustaleniom dotyczącym porównywalności, która jest w większości przypadków warunkiem wstępnym przy dokonywaniu oceny, czy dyskryminacja w ogóle miała miejsce. W tym zakresie można dostrzec pewną ewolucję orzecznictwa, przy czym bardziej ogólne wnioski zostały sformułowane w najnowszym orzecznictwie.

I tak, w wyroku z 16 grudnia 2008 roku w sprawie Société Arcelor Atlantique et Lorraine i in. v. Premier ministre i in.[125] Trybunał wskazał, że:

> elementy charakteryzujące różne sytuacje, a w ten sposób ich podobny charakter, winny być w szczególności określone i ocenione w świetle przedmiotu i celu aktu wspólnotowego, który wprowadza rzeczone rozróżnienie. Należy poza tym uwzględnić zasady i cele dziedziny prawa, do której należy sporny akt.

W wyroku z 12 maja 2011 roku w sprawie Wielkie Księstwo Luksemburga v. Parlament Europejski i Rada UE[126] doprecyzował, iż „porównywalność odmiennych sytuacji należy oceniać w świetle ogółu cechujących je elementów". Dalej powtórzył, iż elementy te powinny być oceniane w szczególności w kontekście przedmiotu i celu aktu Unii oraz zasad i celów dziedziny prawa, do której należy sporny akt.

Natomiast w wyroku z 10 maja 2011 roku w sprawie Jürgen Römer v. Freie und Hansestadt Hamburg[127] Trybunał podkreślił, że:

> po pierwsze, nie wymaga się, by sytuacje były identyczne, lecz tylko by były porównywalne, a po drugie, badania porównywalnego charakteru należy dokonywać nie w sposób ogólny i abstrakcyjny, lecz w sposób szczególny i konkretny.

---

z 6 października 2009 roku w sprawie Dominic Wolzenburg, C-127/07, ECR 2009, s. I–9621, pkt 63.

[125] C-127/07, ECR 2008, s. I–9895, pkt 26.

[126] C-176/09, pkt 32, niepubl., dostępny na stronie curia.europa.eu.

[127] C-147/08, pkt. 42, niepubl., dostępny na stronie curia.europa.eu.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

Wynika z tego, że ocena porównywalności ma być dokładna i uwzględniać konkretną sytuację porównywanych podmiotów. Należy przy tym brać pod uwagę ogół cechujących je elementów. Z tego jednak nie należy wyprowadzać takiego wniosku, że porównujemy wszystkie cechy podmiotów, ale te najistotniejsze, na które wskazuje przedmiot i cel aktu prawnego Unii oraz zasady i cele danej dziedziny, np. wspólnej polityki rolnej.

Na potrzeby niniejszego opracowania zostanie zatem przyjęta następująca definicja dyskryminacji: jest to odmienne traktowanie dwóch porównywalnych podmiotów lub sytuacji, w przypadku gdy nie ma do tego podstaw, bądź też traktowanie w identyczny sposób podmiotów lub sytuacji, które w rzeczywistości są różne, co wywołuje niekorzystne skutki, ponieważ prowadzi do pozbawienia określonych praw lub nałożenia dodatkowych obowiązków. Dyskryminacja pojawia się zwłaszcza wtedy, gdy nie istnieje obiektywne i racjonalne uzasadnienie zróżnicowanego traktowania, a różnica w traktowaniu nie ma zgodnego z prawem celu oraz brak jest rozsądnej proporcji między podejmowanymi środkami a tym celem.

W ramach ogólnej struktury dyskryminacji można wyróżnić następujące elementy: podmiot i kryterium różnicowania (tworzą one zakres podmiotowy dyskryminacji) oraz sferę stosunków społeczno-gospodarczych, w zakresie których ma zastosowanie owo zróżnicowanie, i tzw. substrat dyskryminacji (wyznaczają one jej zakres przedmiotowy)[128]. Kryterium różnicowania to ta szczególna cecha, która staje się przedmiotem oceny. Ich katalog może mieć w danym systemie prawnym charakter otwarty lub zamknięty. Przykładem pierwszego jest regulacja art. 21 ust. 1 Karty Praw Podstawowych, natomiast zamknięty katalog występuje w art. 19 ust. 1 TFUE. Określenie sfery stosunków społeczno-gospodarczych, w której dochodzi do zróżnicowania, ma istotne znaczenie, bowiem Trybunał stwierdza, że ocena porównywalności powinna uwzględniać zasady i cele danej dziedziny prawa. Jeśli zatem dochodzi do dyskryminacji, np. w ramach wspólnej polityki rolnej, trzeba brać pod uwagę podstawowe założenia regulacji

[128] Por. A. Zalasiński, op. cit., s. 18–19.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

unijnych przyjmowanych w tym obszarze. Natomiast substrat dyskryminacji może przyjąć dwojaką postać. Może to być zbiór określonych uprawnień, których dany podmiot zostaje pozbawiony, bądź też obowiązków, które zostają na niego dodatkowo nałożone[129].

Wszystkie wskazane wyżej elementy pozostają ze sobą w ścisłym związku i są istotne przy dokonywaniu oceny, czy miała miejsce dyskryminacja. Określenie substratu dyskryminacji często pozwala nam ustalić, jakiej sfery stosunków społeczno-gospodarczych ona dotyczy, a to, jak już wskazano, jest ważne dla przeprowadzenia porównania. Równie istotne jest trafne określenie kryterium zróżnicowania oraz grupy podmiotów, ewentualnie sytuacji, które podlegają porównaniu. Czasami znalezienie takiego porównywanego podmiotu (ang. *comparator*) może nie być łatwym zadaniem, w procesie stosowania prawa mogą też wystąpić sytuacje, w których został on błędnie określony. Tymczasem jego wybór niejednokrotnie przesądza o wyniku sprawy, w której postawiony został zarzut dyskryminacji. Zdarza się bowiem, że wskazanie na daną cechę jako kryterium zróżnicowania prowadzi do oddalenia zarzutu (np. dlatego, że dana cecha wydaje się neutralna albo też dane kryterium nie jest objęte ochroną przed dyskryminacją), natomiast nie uwzględnia się cechy problematycznej, której wybór być może skutkowałby stwierdzeniem dyskryminacji[130].

W doktrynie podkreśla się również, że Trybunał Sprawiedliwości w pewnych przypadkach za bardzo koncentruje się na kwestii porównywalności, a tak naprawdę stara się w ten sposób uniknąć odpowiedzi na pytania dotyczące charakteru zarzucanej dyskryminacji oraz jej uzasadnienia[131]. Przykładem może być choćby wyrok z 14 lutego 1995 roku w sprawie Finanzamt Köln-Altstadt v. Roland Schumacker[132], gdzie Trybunał uznał, że przyznanie pewnych korzyści podatkowych

---

[129] Ibidem, s. 20.

[130] Słusznie zwraca na to uwagę, P. Pogodzińska, *Metody interpretacji zasady równości przez trybunały europejskie i ich zastosowanie w sprawach dyskryminacji osób LGBT*, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego" 2009, t. VII, numer specjalny – ochrona praw człowieka, s. 56.

[131] Tak Ch. Tobler, *Indirect Discrimination…*, s. 45.

[132] C-279/93, ECR 1995, s. I–225, pkt 29 i n.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

jedynie osobom zamieszkałym w danym państwie członkowskim może stanowić dyskryminację pośrednią ze względu na przynależność państwową. Następnie jednak przeszedł do oceny porównywalności osób zamieszkałych i niezamieszkałych (tj. rezydentów i nierezydentów) w danym państwie członkowskim w odniesieniu do opodatkowania bezpośredniego i stwierdził, że nie ma ona miejsca, a zatem, że co do zasady znajdują się one w nieporównywalnej sytuacji. Nie przeszkodziło to potem Trybunałowi uznać, że w tej konkretnej sprawie nie istnieje żadna obiektywna różnica, która uzasadniałaby różne potraktowanie obu grup podmiotów, a tym samym, że zachodzi dyskryminacja[133]. W sumie zatem wystarczyło stwierdzić, że w tej sprawie ma miejsce dyskryminacja pośrednia ze względu na obywatelstwo i sprawdzić, czy może być ona uzasadniona.

Mamy jednak do czynienia również z takimi sprawami, w których porównywalność nie ma decydującego znaczenia w kontekście oceny, czy wystąpiła dyskryminacja. Dotyczy to zwłaszcza dyskryminacji ze względu na ciążę oraz molestowania, w tym seksualnego[134]. W odniesieniu do pierwszej z tych kwestii Trybunał Sprawiedliwości stwierdził w wyroku z 8 listopada 1990 roku w sprawie Elisabeth Dekker v. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus[135], że:

> odpowiedź na pytanie, czy odmowa zatrudnienia kobiety stanowi bezpośrednią, czy pośrednią dyskryminację zależy od przyczyny takiej odmowy. Jeśli wiąże się ona z faktem, że dana osoba jest w ciąży, wówczas taka decyzja ma bezpośredni związek z płcią kandydata. W takich okolicznościach nieobecność kandydatów innej płci nie ma wpływu na odpowiedź na pytanie pierwsze [tzn., czy taka praktyka stanowi dyskryminację ze względu na płeć, dopisek J. M.-N.].

Jak widać, Trybunał połączył tu dwa zagadnienia, tj. czy możemy mieć do czynienia z dyskryminacją ze względu na płeć, jeśli opiera się

---

[133] Ibidem, pkt. 36–39. Głównym uzasadnieniem miało być to, że nierezydent nie otrzymywał żadnego znaczącego dochodu w państwie swojego miejsca zamieszkania.

[134] Słusznie zwraca na to uwagę Ch. Tobler, *Indirect Discrimination…*, s. 46 i n.

[135] C-177/88, ECR 1990, s. I–3941, pkt 17.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

ona na ciąży, oraz czy w takich przypadkach niezbędne jest wskazanie porównywanego podmiotu[136]. Ostatecznie uznał, że dyskryminacja wystąpiła, mimo braku odpowiednika – mężczyzny. W tego typu sprawach nie ma zatem konieczności przeprowadzania porównania. Jest to uzasadnione tym, że, jak wskazuje sam Trybunał w kolejnym wyroku z 14 lipca 1994 roku w sprawie Carole Louise Webb v EMO Air Cargo (UK) Ltd.[137], ciąży nie da się w żadnym razie porównać ze stanem patologicznym, a jeszcze bardziej z niemożliwością wykonywania pracy z powodów niezwiązanych ze stanem zdrowia. Takie stanowisko zostało przyjęte generalnie pozytywnie przez doktrynę[138], chociaż można też spotkać odmienne opinie, wskazujące na konieczność przeprowadzania porównania nawet w tych sprawach, w których dyskryminacja opiera się na ciąży[139]. W takich jednak przypadkach należałoby przeprowadzać hipotetyczne porównanie, a zatem szukać odpowiedzi na pytanie, czy nierówne traktowanie miałoby miejsce, gdyby nie ciąża[140]. Tak naprawdę jednak taka koncepcja oznacza porównywanie z sytuacją osoby, która nie jest w ciąży, a może nią być zarówno mężczyzna, jak i kobieta, co oznaczałoby, że nie mamy do czynienia z dyskryminacją ze względu na płeć, ale osobnym typem dyskryminacji ze względu na ciążę.

Z kolei molestowanie jest szczególną formą dyskryminacji, zdefiniowaną w aktach prawa wtórnego. I tak, art. 2 ust. 3 dyrektywy 2000/78[141] przewiduje, że występuje ono:

---

[136] Por. S. Honeyball, *Pregnancy and Sex Discrimination*, „Industrial Law Journal" 2000, t. 29, nr 1, s. 48.

[137] C-32/93, ECR 1994, s. I–3567, pkt 25.

[138] Por. Ch. Tobler, *Indirect Discrimination…*, s. 48 i cyt. tam literaturę przedmiotu.

[139] Por. m.in. S. Honeybell, op. cit., s. 52, która zauważa, że pojęcie dyskryminacji zostaje pozbawione znaczenia, jeśli nie będzie w nim występował element porównania. Podobnie R. Wintemute, *When is Pregnancy Discrimination Indirect Sex Discrimination?*, „Industrial Law Journal" 1998, t. 27, nr 1, s. 25.

[140] Tak S. Honeybell, op. cit., s. 51.

[141] Dyrektywa Rady 2000/78/WE z 27 listopada 2000 r. ustanawiająca ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy, Dz. Urz. L 303 z 2.12.2000, s. 16–22.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

> jeżeli ma miejsce niepożądane zachowanie mające związek z jedną z przyczyn określonych w art. 1 [tj. z uwagi na religię lub przekonania, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną, dopisek J. M.-N.], a jego celem lub skutkiem jest naruszenie godności osoby i stworzenie onieśmielającej, wrogiej, poniżającej, upokarzającej lub uwłaczającej atmosfery. W tym znaczeniu pojęcie molestowania może być definiowane zgodnie z ustawodawstwem i krajową praktyką państw członkowskich.

Analogiczne definicje odnajdziemy w art. 2 ust. 3 dyrektywy 2000/43[142] oraz art. 2 ust. 1 pkt c dyrektywy 2006/54[143]. Widać zatem wyraźnie, że w przepisach tych brak jakiegokolwiek odniesienia do porównywanego podmiotu (ang. *comparator*), co oznacza, że ustalenie, czy miało miejsce molestowanie, w tym molestowanie seksualne nie będzie wymagało przeprowadzenia porównania z osobami innej płci, rasy, religii itd. Nie oznacza to jednak, że będzie łatwiej wykazać, czy miało ono miejsce, bowiem definicja tej formy dyskryminacji odnosi się zarówno do czynników subiektywnych (niepożądany charakter zachowania odczuwany przez daną osobę), jak i obiektywnych (naruszenie godności osoby)[144]. W doktrynie podkreśla się, że uznanie molestowania za dyskryminację wymaga odejścia od relatywizmu w antydyskryminacyjnym prawie wspólnotowym (obecnie unijnym)

---

[142] Dyrektywa Rady 2000/43/WE z 29 czerwca 2000 r. wprowadzająca w życie zasadę równego traktowania osób bez względu na pochodzenie rasowe lub etniczne, Dz. Urz. L 180 z 19.7.2000, s. 22–26.

[143] Dyrektywa 2006/54/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 5 lipca 2006 r. w sprawie wprowadzenia w życie zasady równości szans oraz równego traktowania kobiet i mężczyzn w dziedzinie zatrudnienia i pracy (wersja przeredagowana), Dz. Urz. L 204 z 26.7.2006, s. 23–36. Natomiast art. 2 ust. 1 pkt d definiuje molestowanie seksualne jako „sytuację, w której ma miejsce jakakolwiek forma niepożądanego zachowania werbalnego, niewerbalnego lub fizycznego o charakterze seksualnym, którego celem lub skutkiem jest naruszenie godności osoby, w szczególności przy stwarzaniu atmosfery zastraszenia, wrogości, poniżenia, upokorzenia lub obrazy".

[144] Por. H. Szewczyk, *Molestowanie seksualne i mobbing w miejscu pracy lub w związku z pracą – nowe wyzwania dla polskiego prawa pracy*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne" 2002, nr 6, s. 6. Odnośnie do trudności związanych z wykazaniem, że doszło do molestowania por. np. E. Ellis, *EU Anti-Discrimination Law*, Oxford 2005, s. 239.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

na rzecz równości absolutnej[145]. Istota tej ostatniej wyraża się bowiem w opowiedzeniu się za określoną wartością – w tym wypadku godnością[146]. Jej zapewnienie wymaga zaś zakazania jakiejkolwiek formy molestowania, także w przypadku, gdy:

> zostanie wykazane, że ma ono miejsce wobec pracownika, który sam nie jest niepełnosprawny, ale ma związek z niepełnosprawnością jego dziecka, któremu pracownik ten zapewnia zasadniczą opiekę, stosownie do potrzeb tego dziecka[147].

Jak widać, zakaz molestowania ujmowany jest szeroko, co należy wiązać także z tym, że zjawisko to nie wynika jedynie z cech poszczególnych ludzi, lecz jest zakorzenione w szerszym kontekście społecznym, gospodarczym, organizacyjnym i kulturowym[148].

3.2. Formy dyskryminacji

Dyskryminacja nie ma jednolitego charakteru, ale wyróżnia się jej różne formy. W niniejszym punkcie rozważań zostaną przedstawione te z nich, które mają największe znaczenie ze względu na temat opracowania. Przede wszystkim zatem zarówno w aktach prawnych, jak i orzecznictwie oraz literaturze przedmiotu wyróżnia się **dyskryminację bezpośrednią i pośrednią**[149]. Zakaz stosowania tej pierw-

---

[145] I. Boruta, *Ochrona przed nękaniem i molestowaniem seksualnym w zatrudnieniu*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne" 2003, nr 8, s. 3.

[146] Ibidem.

[147] Por. wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 17 lipca 2008 roku w sprawie S. Coleman v. Attridge Law i Steve Law, C-303/06, ECR 2008, s. I–5603.

[148] Słusznie zwraca na to uwagę M. Matey-Tyrowicz, *Zakaz dyskryminacji w zatrudnieniu w prawie wspólnotowym*, [w:] *Prawo pracy a wyzwania XXI wieku. Księga jubileuszowa Profesora Tadeusza Zielińskiego*, M. Matey-Tyrowicz, L. Nawacki, B. Wagner (red.), Warszawa 2002, s. 600.

[149] E. Zielińska, *Działania Rady Europy w dziedzinie równości kobiet i mężczyzn na rynku pracy*, [w:] *Wokół problemów zawodowego równouprawnienia kobiet i mężczyzn*, R. Siemieńska (red.), Warszawa 1997, s. 49.Tak też C. Barnard, B. Hepple, *Substantive Equality*..., s. 570.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

szej zmierza do zapewnienia równości formalnej, a nie materialnej. Zgodnie z definicjami zawartymi w dyrektywach[150] dyskryminacja bezpośrednia ma miejsce, gdy z uwagi na jedną z objętych ochroną podstaw dyskryminacji, np. rasę i pochodzenie etniczne, płeć, wiek, niepełnosprawność itd., dana osoba jest traktowana w sposób mniej korzystny niż jest, była lub byłaby traktowana inna osoba znajdująca się w porównywalnej sytuacji. O dyskryminacji bezpośredniej może być zatem mowa, gdy mniej przychylne traktowanie spowodowane jest posiadaniem przez daną osobę określonej cechy stanowiącej podstawę dyskryminacji i tym samym odróżniającej ją od innych osób[151]. Niezbędne jest zatem ustalenie porównywanego podmiotu, np. pracownika płci męskiej, oraz porównywanej sytuacji, która może mieć charakter przeszły, bieżący lub nawet hipotetyczny[152]. Należy także wykazać, że mniej korzystne traktowanie nastąpiło z uwagi na jedną z podstaw dyskryminacji objętych ochroną. Można przy tym uznać, że dyskryminacja bezpośrednia wystąpi w następujących przypadkach:

- posiadania określonej cechy stanowiącej podstawę dyskryminacji;
- ze względu na więź z osobą posiadającą określoną cechę;
- odczuwania przez osobę trzecią skutków dyskryminacji stosowanej wobec innych osób poprzez obronę, wstawienie się za osobą dyskryminowaną[153].

Szerszego wyjaśnienia wymaga druga z wymienionych sytuacji, czyli **tzw. dyskryminacja ze względu na więź**, którą na podstawie wyroku Trybunału Sprawiedliwości z 17 lipca 2008 roku w sprawie S. Coleman v. Attridge Law i Steve Law[154] można uznać za swoisty

---

[150] Odpowiednio art. 2 ust. 2 pkt a dyrektywy 2000/43, art. 2 ust. 2 pkt a dyrektywy 2000/78 i art. 2 ust. 1 pkt a dyrektywy 2006/54.

[151] E. Naumann, *Dyskryminacja w prawie pracy*, „Monitor Prawa Pracy" 2007, nr 6, s. 286.

[152] Por. A. Masselot, *The New Equal Treatment Directive*, „Feminist Legal Studies" 2004, t. 12, nr 1, s. 96.

[153] Trafnie zwraca na to uwagę E. Naumann, op. cit., s. 286.

[154] C-303/06, ECR 2008, s. I–5603.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

rodzaj dyskryminacji bezpośredniej. Trybunał stwierdził tam bowiem m.in., że:

> jeśli pracodawca traktuje pracownika, który sam nie jest niepełnosprawny, mniej przychylnie niż traktuje, traktował lub traktowałby innego pracownika w porównywalnej sytuacji i gdy wykazano, że mniej korzystne traktowanie tego pracownika związane jest z niepełnosprawnością jego dziecka, któremu zapewnia on zasadniczą opiekę stosowną do potrzeb, to takie traktowanie jest sprzeczne z zakazem dyskryminacji bezpośredniej.

Tym samym dyskryminacja ze względu na więź łączącą daną osobę z osobą niepełnosprawną została uznana za sprzeczną z dyrektywą 2000/78.

W kontekście dyskryminacji bezpośredniej istotne znaczenie ma przyczyna (ang. *causation)* mniej przychylnego traktowania. Mniej istotne znaczenie wydaje się mieć motywacja osoby dyskryminującej – może ona bowiem stosować tą formę dyskryminacji w sposób mniej lub bardziej świadomy. Jak wynika z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości, wykazanie zamiaru danej osoby nie jest konieczne dla uznania, że miała miejsce dyskryminacja bezpośrednia. Wystarcza wskazanie na przyczynę mniej przychylnego traktowania, a zatem ustalenie, że zastosowano zakazane kryterium[155].

Należy też podkreślić, że dyskryminacja bezpośrednia może mieć zarówno jawny, jak i ukryty charakter, a nawet częściej przyjmuje taką utajoną postać, np. pracodawca rzadko wprost przyzna, że preferuje mężczyzn na danym stanowisku, nawet jeśli faktycznie takie jest jego zapatrywanie na tę kwestię[156]. Wreszcie trzeba zauważyć, że dyskrymi-

---

[155] Por. m.in. wyrok z 8 listopada 1990 roku w sprawie Elisabeth Dekker v. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus, C-177/88, ECR 1990, s. I–3941, pkt 22.

[156] Por. szerzej E. Ellis, *EU Anti-Discrimination…*, s. 57. Większość autorów przyjmuje, że nie należy utożsamiać dyskryminacji bezpośredniej z jawną, a pośredniej z ukrytą. Por. m.in. B. Brzeziński, *Zasada niedyskryminacji w europejskim prawie podatkowym. Sprawa Gilly i aktualne kierunki orzecznictwa Europejskiego Trybunału*

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

nacja bezpośrednia może być usprawiedliwiona jedynie szczególnymi względami, wyraźnie wskazanymi w przepisach prawa Unii Europejskiej, np. w kontekście przynależności państwowej z uwagi na porządek, bezpieczeństwo i zdrowie publiczne (art. 45 ust. 3 TFUE), w kontekście pozostałych kryteriów (płeć, pochodzenie rasowe lub etniczne, religia lub przekonania, wiek niepełnosprawność lub orientacja seksualna) z uwagi na istotny i determinujący wymóg zawodowy (art. 4 dyrektywy 2000/43 i 2000/78 oraz art. 14 ust. 2 dyrektywy 2006/54).

Z kolei **dyskryminacja pośrednia** nawiązuje do neutralnych kryteriów zróżnicowania, których zastosowanie wywiera jednak niekorzystny wpływ na grupę osób chronionych przez zakaz dyskryminacji. Skutek takiego postanowienia czy postępowania jest więc taki sam, jak w przypadku dyskryminacji bezpośredniej – dochodzi do pokrzywdzenia osoby należącej do chronionej grupy[157]. Omawiana forma dyskryminacji pozwala zatem skoncentrować się na równości materialnej[158] i uwzględnić fakt, że traktowanie wszystkich w jednakowy sposób, a zatem ujęcie formalne, może tworzyć nierówności z po-

Sprawiedliwości, „Kwartalnik Prawa Podatkowego" 2000, nr 2, s. 24. Można jednak spotkać się i z takim stanowiskiem, że są to pojęcia tożsame, bowiem Trybunał stosuje zamiennie terminy jawny/ukryty oraz bezpośredni/pośredni – tak. m.in. J. Wouters, *The Principle of Non-Discrimination in European Community Law*, „EC Tax Review" 1999, t. 8, nr 2, s. 103, w polskiej literaturze przedmiotu E. Skibińska, *Swoboda zakładania przedsiębiorstw przez osoby prawne (art. 43–48 TWE)*, Warszawa 2008, s. 122–123. W istocie Trybunał początkowo wprowadził pewien zamęt terminologiczny, wskazując m.in. w wyroku z 12 lutego 1974 roku w sprawie Giovanni Maria Sotgiu v. Deutsche Bundespost, 152/73, ECR 1974, s. 153, iż zakaz dyskryminacji obejmuje nie tylko jawne, bezpośrednie jej formy, ale także „wszystkie ukryte formy, które przez zastosowanie innych kryteriów zróżnicowania, prowadzą w istocie do tego samego rezultatu". Potem jednak odstąpił od kojarzenia dyskryminacji bezpośredniej wyłącznie z jej jawną formą, a pośredniej z ukrytą.

[157] Por. I. Boruta, *Zakaz dyskryminacji w zatrudnieniu – nowe pojęcia*, „Monitor Prawa Pracy" 2004, nr 2, s. 38.

[158] Taki pogląd dominuje w doktrynie. Por. m.in. T. Loenen, *Indirect Discrimination: Oscillating between Containment and Revolution*, [w:] *Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives*, T. Loenen, P. R. Rodrigues (red.), Haga–Londyn–Boston 1999, s. 198; K. Lundström, *Indirect Sex Discrimination in the European Court of Justice's Version*, [w:] *Legal Perspectives on Equal Treatment and Non-Discrimination*, A. Numhauser-Henning (red.), Haga 2001, s. 147.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

wodu różnic występujących między poszczególnymi podmiotami[159]. Zgodnie z definicjami zawartymi w dyrektywach[160] dyskryminacja pośrednia ma miejsce, gdy pozornie neutralny przepis, kryterium lub praktyka mogą doprowadzić do szczególnie niekorzystnej sytuacji dla osób danego pochodzenia rasowego lub etnicznego, bądź też danej religii lub przekonań, niepełnosprawności, wieku lub orientacji seksualnej w stosunku do innych osób, chyba że taki przepis, kryterium lub praktyka są obiektywnie uzasadnione legalnym celem, a środki mające służyć osiągnięciu tego celu są odpowiednie i konieczne. Taka konstrukcja jest połączeniem dwóch sposobów rozumienia dyskryminacji – utożsamia się ją z działaniem na podstawie motywu *a priori* neutralnego, jak też z efektem działania, tj. wystąpieniem rzeczywistej dysproporcji na niekorzyść grupy zwykle upośledzonej[161]. O ile zatem w kontekście dyskryminacji bezpośredniej dużą rolę odgrywa przyczyna (ang. *causation)*, o tyle w kontekście dyskryminacji pośredniej decydujące znaczenie ma skutek przepisu, kryterium czy praktyki – mogą mieć one nawet niezamierzony charakter. Wynika z tego, że jest ona przydatna do wykrywania bardziej ukrytych przepisów czy zachowań dyskryminacyjnych, choć z drugiej strony, nie można jej do nich ograniczać. Zdarza się bowiem i tak, że dyskryminacja pośrednia ma charakter jawny[162].

Należy przy tym zauważyć, że omawiana koncepcja koncentruje się na sposobie traktowania określonych grup, a nie jednostek, i to

---

[159] S. Forshaw, M. Pilgerstorfer, *Direct and Indirect Discrimination: Is There Something in Between?*, „Industrial Law Journal" 2008, t. 37, nr 4, s. 351.

[160] Art. 2 ust. 2 pkt b dyrektywy 2000/43 oraz 2000/78. Podobną definicję zawiera art. 2 ust. 1 pkt b dyrektywy 2006/54: „dyskryminacja pośrednia: sytuacja, w której z pozoru neutralny przepis, kryterium lub praktyka stawiałaby osoby danej płci w szczególnie niekorzystnym położeniu w porównaniu do osób innej płci, chyba że dany przepis, kryterium lub praktyka są obiektywnie uzasadnione zgodnym z prawem celem, a środki osiągnięcia tego celu są właściwe i niezbędne".

[161] Por. szerzej I. Boruta, *Dyskryminacja pośrednia w pracy ze względu na płeć*, „Studia Prawno-Europejskie", M. Seweryński (red.), Łódź 1996, s. 103. Autorka słusznie zauważa, że „dyskryminowanie pośrednio oznacza powołanie się na pozornie niezabroniony, a więc pośredni motyw, za którym kryje się jednak kryterium zabronione" (s. 104).

[162] Por. E. Ellis, *EU Anti-Discrimination…*, s. 89.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

one stanowią punkt odniesienia przy dokonywaniu porównania. Dyskryminacja pośrednia ma zatem swoisty, można by rzecz, hybrydowy charakter – zapewnia ochronę praw jednostek, ale jednocześnie uwzględnia fakt, że niekorzystne traktowanie w życiu społecznym odnosi się do grup[163]. W rezultacie wybór odpowiedniej grupy, do której przynależy osoba stawiająca zarzut dyskryminacji pośredniej, jest niezwykle istotny i właściwie pozostaje w sferze kompetencji dyskrecjonalnej sądów, w tym Trybunału Sprawiedliwości UE[164]. Podobnie jest z tzw. obiektywnym uzasadnieniem, które stanowi ważny element omawianej koncepcji. W istocie bowiem w odniesieniu do dyskryminacji pośredniej dopuszcza się szerszy krąg okoliczności usprawiedliwiających, niż wobec dyskryminacji bezpośredniej – są to tzw. obiektywne względy zgodne z prawem, przy czym środki podejmowane dla osiągnięcia tych legalnych celów muszą być proporcjonalne. W doktrynie podkreśla się, że test obiektywnego uzasadnienia może być bardzo pożyteczny w procesie likwidacji ukrytych form dyskryminacji, przy jednoczesnym uwzględnieniu innych istotnych celów czy interesów, które należy mieć na uwadze w danych okolicznościach faktycznych[165]. Szerzej będzie o tym mowa w kolejnych rozdziałach pracy.

W prawie Unii Europejskiej odróżnia się także **dyskryminację materialną i formalną.** Rozróżnienie to wywodzi się z wczesnego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości, który m.in. w cytowanym wyżej wyroku z 17 lipca 1963 roku w sprawie Republika Włoska v. Komisja[166] wskazał, że obie formy niekoniecznie muszą występować łącznie. Dyskryminacja materialna może bowiem mieć miejsce nie tylko

---

[163] Por. D. Schiek, *Indirect Discrimination*, [w:] *Cases, Materials and Texts on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, Oxford 2007, s. 332. Podobnie A. J. Morris, *On the Normative Foundations of Indirect Discrimination Law: Understanding the Competing Models of Discrimination Law as Aristotelian Forms of Justice*, „Oxford Journal of Legal Studies" 1995, t. 15, nr 2, s. 215. W związku z tym wskazuje się również, że dyskryminacja pośrednia jest pomocna w zwalczaniu tzw. dyskryminacji strukturalnej (instytucjonalnej). Por. szerzej Ch. McCrudden, *Institutional Discrimination*…, s. 345.

[164] Słusznie zwraca na to uwagę E. Ellis, *EU Anti-Discrimination*…, s. 95.

[165] Tak. T. Loenen, op. cit., s. 203.

[166] Sprawa 13/63, ECR 1963, s. 165.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

w przypadku różnego traktowania takich samych sytuacji, ale również identycznego traktowania różnych sytuacji. Ten podział nie odnosi się zatem do charakteru kryterium, na którym opiera się dyskryminacja, ale raczej do jego niewłaściwego zastosowania w sytuacjach, które są zasadniczo takie same, bądź też wprost przeciwnie, zasadniczo różne[167]. W późniejszym orzecznictwie Trybunał Sprawiedliwości nie odwoływał się już do tych określeń – dyskryminacja materialna lub dyskryminacja formalna – a jedynie wskazywał, że dyskryminacja może mieć miejsce zarówno w przypadku zastosowania różnych postanowień do porównywalnych sytuacji, jak i tych samych postanowień do różnych sytuacji[168].

W doktrynie wyróżnia się także **dyskryminację *de iuro* i *de facto***[169]. Obie są przedmiotem orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości, przy czym ta pierwsza jako prawnie uregulowana forma jest łatwiejsza do zwalczenia, podczas gdy ta druga występuje w praktyce w różnych sytuacjach, niekiedy nagminnie, jak np. w zakresie faktycznej nierówności płac kobiet i mężczyzn[170].

Z dyskryminacją faktyczną łączy się niekiedy kolejną jej formę, jaką stanowi tzw. **dyskryminacja wielokrotna**[171]**.** Generalnie rzecz biorąc polega ona na tym, że dana osoba jest dyskryminowana na podstawie więcej niż jednego kryterium, np. ze względu na płeć i rasę lub płeć i niepełnosprawność. W doktrynie wyróżnia się najczęściej trzy przypadki, w których może wystąpić taka dyskryminacja:

- gdy ktoś doświadcza dyskryminacji z uwagi na różne kryteria, ale w odrębnych sytuacjach;
- gdy dana osoba należy jednocześnie do dwóch chronionych grup, które są przedmiotem praktyk dyskryminacyjnych (tzw.

---

[167] J. Wouters, op. cit., s. 104.

[168] Por. szerzej Ch, Tobler, *Indirect Discrimination*…, s. 64 i cyt. tam orzecznictwo.

[169] Por. M. Matey-Tyrowicz, op. cit., s. 602.

[170] Ibidem.

[171] Tak np. Ch. Tobler, *Indirect Discrimination*…, s. 66, która odnosi się do dyskryminacji wielokrotnej w punkcie poświęconym dyskryminacji faktycznej. Odnośnie do tego zjawiska por. szerzej J. Maliszewska-Nienartowicz, *Zwalczanie dyskryminacji wielokrotnej (na przykładzie Unii Europejskiej)*, „Państwo i Prawo" 2011, nr 2, s. 34 i n.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

dyskryminacja kumulatywna, czy też łączeniowa, ang. *cumulative, compound* lub *additive discrimination*),

– gdy dyskryminacja opiera się na więcej niż jednej podstawie i zachodzą między nimi określone relacje, tak że nie można ich oddzielić, a jednocześnie mamy do czynienia ze szczególną formą traktowania (tzw. dyskryminacja międzysegmentowa, ang. *intersectional discrimination*)[172].

To różnorodność posiadanych cech powoduje, że dana osoba może być dyskryminowana ze względu na jedną z nich przy jednej okazji oraz drugą w innych okolicznościach. Na przykład, kobieta może być dyskryminowana przy okazji awansu w pracy z uwagi na swoją płeć, ale może też zostać wyłączona z danego wydarzenia społecznego z uwagi na swoją orientację seksualną. W takim przypadku można dochodzić roszczeń w odrębnych postępowaniach odnoszących się do tych dwóch różnych sytuacji[173]. Trudniej postępować, gdy dana osoba jest dyskryminowana z uwagi na dwa kryteria jednocześnie, np. ubiegając się o pracę jest traktowana mniej przychylnie zarówno ze względu na wiek, jak i narodowość. Wówczas bowiem mamy do czynienia ze swoistym kumulowaniem się dwóch lub więcej podstaw dyskryminacji. Wreszcie może być i tak, że posiadanie jednej tylko cechy nie prowadziłoby w danej sytuacji do dyskryminacji, ale ich połączenie staje się podstawą do szczególnie niekorzystnego traktowania, np. powiązanie płci i rasy w przypadku czarnoskórych kobiet. W takim wypadku ofiara dyskryminacji nie jest w stanie wykazać, że gdyby nie jej płeć lub rasa, to zostałaby inaczej potraktowana, bo to właśnie kombinacja tych cech ma w tym względzie decydujące znaczenie. Dlatego te podstawy będą musiały być łącznie rozpatrywane w postępowaniu sądowym[174]. W rezultacie właśnie ten przypa-

---

[172] Por. S. Hannet, *Equality at the Intersections: The Legislative and Judicial Failure to Tackle Multiple Discrimination*, „Oxford Journal of Legal Studies" 2003, t. 23, nr 1, s. 68 oraz G. Moon, *Multiple Discrimination: the Need for Justice for the Whole Person*, dostępne na stronie: http://www.era-comm.eu/oldoku/MultipleDiscrimination.htm

[173] Por. P. Uccellari, *Multiple Discrimination: How Law Can Reflect Reality*, „The Equal Rights Review" 2008, t. 1, s. 25.

[174] Ibidem.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

dek dyskryminacji wielokrotnej, zwanej też międzysegmentową, rodzi największe problemy w praktyce.

W literaturze przedmiotu podkreśla się, że takich sytuacji nie da się rozstrzygać przy pomocy obowiązujących regulacji odnoszących się do poszczególnych kryteriów, a prawodawca unijny nie podjął daleko idących kroków w zakresie zwalczania dyskryminacji wielokrotnej, choć ma świadomość występowania tego zjawiska[175]. Warto bowiem zauważyć, że w ustępie 14 preambuły dyrektywy 2000/43[176] oraz ustępie 3 preambuły dyrektywy 2000/78[177] zwraca się uwagę na to, że kobiety są często ofiarami tego typu dyskryminacji (ang. *multiple discrimination*). Wiele odniesień do dyskryminacji wielokrotnej odnajdziemy również w aktach prawa wtórnego o programowym charakterze[178]. Natomiast do tej pory nie sformułowano jej definicji – nie występuje ona ani we wskazanych aktach prawnych, ani też w dyrektywie 2006/54[179], której preambuła nie zawiera nawet odniesienia

---

[175] S. Fredman, *Equality: A New Generation?*, „Industrial Law Journal" 2001, t. 30, nr 2, s. 159.

[176] Dyrektywa Rady 2000/43/WE z 29 czerwca 2000 r. wprowadzająca w życie zasadę równego traktowania osób bez względu na pochodzenie rasowe lub etniczne, Dz. Urz. L 180 z 19.07.2000, s. 22–26.

[177] Dyrektywa Rady 2000/78/WE z 27 listopada 2000 r. ustanawiająca ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy, Dz. Urz. L 303 z 2.12.2000, s. 16–22.

[178] Por. np. decyzję Rady 2000/750/WE z 27 listopada 2000 r. ustanawiającą wspólnotowy program działań w zakresie zwalczania dyskryminacji (2001–2006 r.), Dz. Urz. L 303 z 2.12.2000, s. 23–28, w której preambule podkreśla się, że kobiety często są ofiarami dyskryminacji wielokrotnej (ustęp 4). Ponadto wskazuje się, iż: „dyskryminacja nie podlega stopniowaniu: każdy rodzaj dyskryminacji jest w jednakowym stopniu niedopuszczalny. Wspomniany program ma na celu zarówno wzajemną wymianę dobrych praktyk istniejących w państwach członkowskich, jak i opracowywanie nowych praktyk oraz polityki zwalczania dyskryminacji, w szczególności dyskryminacji wielokrotnej. Niniejsza decyzja może pomóc w przygotowaniach do wykonania wszechstronnej strategii zwalczania wszelkich form dyskryminacji opartej na różnych podstawach, która powinna być opracowana równolegle" (ustęp 5 preambuły decyzji).

[179] Dyrektywa 2006/54/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 5 lipca 2006 r. w sprawie wprowadzenia w życie zasady równości szans oraz równego traktowania kobiet i mężczyzn w dziedzinie zatrudnienia i pracy (wersja przeredagowana), Dz. Urz. L 204 z 26.07.2006, s. 23–36.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

do dyskryminacji wielokrotnej. Brak również wyraźnego zakazu jej stosowania. Można więc stwierdzić, że obecnie prawodawstwo unijne nie zawiera dostatecznej regulacji tego zagadnienia, stąd też podejmowane są pewne inicjatywy w tym zakresie. Pierwszą, o charakterze nieformalnym, było opracowanie przez Komisję Europejską raportu na temat dyskryminacji wielokrotnej: *Tackling Multiple Discrimination: Practices, Policies and Law*[180]. Natomiast bardziej konkretne kroki podjął Parlament Europejski, który zaproponował własną definicję dyskryminacji wielokrotnej, zgłaszając poprawkę nr 37 do art. 1 projektu dyrektywy Rady w sprawie wprowadzenia w życie zasady równego traktowania osób bez względu na religię lub światopogląd, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną[181]. Zgodnie z tą propozycją dyskryminacja ta ma miejsce w przypadku, gdy jej podstawą jest:

> a) dowolne połączenie następujących przyczyn: religia lub światopogląd, niepełnosprawność, wiek lub orientacja seksualna, lub
> b) jedna lub więcej przyczyn wyżej wymienionych, a także jedna lub więcej z następujących przyczyn:
> (i) płeć (o ile sprawa będąca przedmiotem skargi wchodzi w przedmiotowy zakres dyrektywy 2004/113/WE oraz niniejszej dyrektywy),
> (ii) pochodzenie rasowe bądź etniczne (o ile sprawa będąca przedmiotem skargi wchodzi w przedmiotowy zakres dyrektywy 2000/43/WE oraz niniejszej dyrektywy),
> (iii) przynależność państwowa (o ile sprawa będąca przedmiotem skargi wchodzi w zakres art. 12 TWE)[182].

---

[180] Raport dostępny na stronie internetowej: http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=738&langId=en&pubId=51&type=2&furtherPubs=no (data korzystania: 14.06.2011).

[181] COM (2008) 426.

[182] Rezolucja legislacyjna Parlamentu Europejskiego z dnia 2 kwietnia 2009 r. w sprawie wniosku dotyczącego dyrektywy Rady w sprawie wprowadzenia w życie zasady równego traktowania osób bez względu na religię lub światopogląd, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną (COM(2008)0426 – C6-0291/2008 – 2008/0140 (CNS)), Dz. Urz. C 137 E z 27.05.2010, s. 68–87.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

Należy zatem zauważyć, że Parlament odniósł się nie tylko do kryteriów uregulowanych w projekcie dyrektywy, ale także pozostałych osobno unormowanych, jak płeć, pochodzenie rasowe lub etniczne oraz przynależność państwowa. Ogólnie należy uznać tę propozycję za idącą w dobrym kierunku, z tym, że po ewentualnym przyjęciu przez Radę dyrektywy w sprawie wprowadzenia w życie zasady równego traktowania osób bez względu na religię lub światopogląd, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną, podobną definicję dyskryminacji wielokrotnej należałoby włączyć do pozostałych dyrektyw, zwłaszcza 2000/43, 2000/78 oraz 2006/54, aby zapewnić jednolite jej stosowanie w ramach wszystkich kryteriów. Ponadto w związku z możliwością zróżnicowanego uzasadnienia dyskryminacji opartej na poszczególnych podstawach (patrz kolejne punkty podrozdziału) należałoby również rozważyć przyjęcie regulacji zbliżonej do tej, jaka występuje w prawie niemieckim. Przewiduje się tam, że w przypadku, gdy dyskryminacja opiera się na kilku kryteriach, można ją uzasadnić jedynie w tych przypadkach, jeśli uzasadnienie odnosi się do wszystkich kryteriów skutkujących zróżnicowanym traktowaniem. Włączenie takiej klauzuli niewątpliwie wzmocniłoby ochronę osób dotkniętych dyskryminacją wielokrotną[183].

3.3. Regulacje dotyczące dyskryminacji zawarte w Traktatach – art. 18 i 19 TFUE

Podstawowe znaczenie w zwalczaniu dyskryminacji mają tzw. klauzule niedyskryminacyjne przewidziane obecnie w art. 18 i 19 TFUE (wcześniej art. 12 i 13 TWE), które odnoszą się do dwóch grup kryteriów: przynależności państwowej oraz płci, rasy lub pochodzenia etnicznego, religii lub przekonań, niepełnosprawności, wieku i orientacji seksualnej. Uzupełniają one ogólne regulacje traktatowe dotyczące równości, przedstawione w poprzednim podrozdziale, a zarazem mają bardziej konkretny charakter.

---

[183] Por. szerzej P. Uccellari, op. cit., s. 34.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

Art. 18 TFUE przewiduje wprost, że:

> w zakresie zastosowania Traktatów i bez uszczerbku dla postanowień szczególnych, które one przewidują, zakazana jest wszelka dyskryminacja ze względu na przynależność państwową. Parlament Europejski i Rada, stanowiąc zgodnie ze zwykłą procedurą prawodawczą, mogą przyjąć wszelkie przepisy w celu zakazania takiej dyskryminacji.

Przesłanki zastosowania tego postanowienia były przedmiotem licznych rozstrzygnięć Trybunału Sprawiedliwości. I tak, w odniesieniu do „zakresu zastosowania Traktatów" przyjęta została koncepcja, iż nie chodzi tu o pozytywną właściwość UE do uregulowania danego zagadnienia, a zatem jej kompetencję, lecz jedynie o sytuację uregulowaną prawem wspólnotowym (obecnie unijnym)[184]. W rezultacie, np. w wyroku z 20 października 1993 roku w sprawach połączonych Phil Collins v. Imtrat Handelsgesellschaft mbH oraz Patricia Im- und Export Verwaltungsgesellschaft mbH i Leif Emanuel Kraul v. EMI Electrola GmbH[185] Trybunał stwierdził, że prawa autorskie i prawa pochodne mieszczą się w zakresie zastosowania Traktatu ze względu na ich skutek dla handlu wewnątrzwspólnotowego. Podobne stanowisko zajął w odniesieniu do reguł proceduralnych zarówno z zakresu postępowania cywilnego, administracyjnego, jak i karnego[186]. Z kolei w wyroku z 7 września 2004 roku w sprawie Michel Trojani v. Centre

---

[184] Por. A. Wróbel, *Art. 18*, [w:] *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz*, t. I, A. Wróbel, D. Miąsik, N. Półtorak (red.), Warszawa 2012, s. 373–374.

[185] C-92/9 i C-326/92, ECR 1993, s. I–5145.

[186] Por. m.in. wyrok z 26 września 1996 roku w sprawie Data Delecta Aktiebolag i Ronny Forsberg v. MSL Dynamics Ltd., C-43/95, ECR 1996, s. I–4661, w którym Trybunał uznał za sprzeczną z omawianym przepisem regulację krajową dotyczącą tzw. kaucji aktorycznej stosowanej wobec obcokrajowców; wyrok z 17 czerwca 1997 roku w sprawach połączonych The Queen v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Mann Singh Shingara oraz ex parte Abbas Radiom, C-65/95 i C-111/95, ECR 1997, s. I–3343, który dotyczył prawa do środka odwoławczego od decyzji wydanych w postępowaniu administracyjnym oraz wyrok z 24 listopada 1998 roku w sprawie postępowanie karne przeciwko Horst Otto Bickel and Ulrich Franz, C-274/96, ECR 1998, s. I–7637. Szczegółowo omawia je M. Domańska, op. cit., s. 164–165.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

public d'aide sociale de Bruxelles (CPAS)[187] stwierdził, że świadczenie z pomocy społecznej, takie jak zasiłek zapewniający minimum egzystencji podlega zakresowi przedmiotowemu Traktatu, a obywatel Unii nieaktywny z ekonomicznego punktu widzenia może powołać się na art. 12 TWE (obecnie art. 18 TFUE) w celu przyznania mu takiego zasiłku, jeśli legalnie przebywa od pewnego czasu w przyjmującym państwie członkowskim lub ma zezwolenie na pobyt. W rezultacie regulacje krajowe w zakresie, w jakim nie przyznają prawa do świadczenia społecznego obywatelom Unii Europejskiej (nie będącym obywatelami tego państwa członkowskiego), którzy przebywają w nim legalnie, mimo że spełniają oni warunki, które obowiązują w stosunku do obywateli tego państwa członkowskiego, stanowią dyskryminację ze względu na przynależność państwową[188]. Natomiast w wyroku z 15 marca 2005 roku w sprawie Bidar v. London Borough of Ealing, Secretary of State for Education and Skills[189] Trybunał uznał, że pomoc – czy to w formie preferencyjnej pożyczki, czy też w formie stypendium – przyznana studentom przebywającym legalnie w przyjmującym państwie członkowskim i przeznaczona na pokrycie ich kosztów utrzymania jest dla potrzeb zakazu dyskryminacji ze względu na przynależność państwową objęta zakresem stosowania Traktatu. Z tego wynika, że wiele przepisów czy praktyk krajowych może zostać poddanych ocenie z punktu widzenia ich zgodności z ogólnym zakazem dyskryminacji ze względu na przynależność państwową, a państwa mają obowiązek uwzględniać go także w tych obszarach, które należą do ich kompetencji (nawet w tak delikatnej sferze, jak dotyczącej świadczeń społecznych). Wszystkie organy państwa członkowskiego są przy tym zobowiązane do odmowy zastosowania regulacji krajowej, gdy zostanie ona uznana za sprzeczną z treścią art. 18 TFUE[190].

Zarazem ma on ogólny charakter i znajduje zastosowanie jedynie wówczas, gdy nie ma szczegółowych przepisów zakazujących dyskry-

---

[187] C-456/02, ECR 2004, s. I–7573.

[188] Ibidem, pkt. 42–44.

[189] C-209/03, ECR 2005, s. I–2119.

[190] Por. np. wyrok z 7 maja 1998 roku w sprawie Clean Car Autoservice GmbH v. Landeshauptmann von Wien, C-350/96, ECR 1998, s. I–2521.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

minacji ze względu na przynależność państwową. Te ostatnie mają zatem charakter *leges speciales* względem regulacji art. 18 TFUE. Należy do nich zaliczyć zarówno te przepisy traktatowe, które odnoszą się do poszczególnych swobód (przy czym mogą one być różnie sformułowane), jak i te, które zakazują dyskryminacji ze względu na pochodzenie towarów lub miejsce siedziby albo zamieszkania. W pierwszej grupie mieści się np. art. 45 ust. 2 TFUE, który zakazuje wszelkiej dyskryminacji ze względu na przynależność państwową między pracownikami państw członkowskich w zakresie zatrudnienia, wynagrodzenia i innych warunków pracy[191]. Natomiast do drugiej należy zaliczyć m.in. regulację art. 95 ust. 1 TFUE, który przewiduje, że w odniesieniu do transportu wewnątrz Unii zakazana jest dyskryminacja polegająca na stosowaniu przez przewoźników względem tych samych towarów na tych samych połączeniach przewozowych różnych stawek i warunków transportu ze względu na kraj pochodzenia lub przeznaczenia przewożonych produktów. Przepisy te są stosowane przez Trybunał w pierwszej kolejności. Natomiast samodzielne zastosowanie regulacji art. 18 TFUE ma miejsce wówczas, gdy dana sytuacja podlega prawu unijnemu, ale nie jest objęta zakresem żadnego z przepisów szczególnych zakazujących dyskryminację[192]. Należy przy tym podkreślić, że w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości przepis ten wywołuje bezpośredni skutek zarówno w układzie wertykalnym, tj. w relacji państwo-jednostka, jak i horyzontalnym – w relacji jednostka-jednostka.

Z kolei art. 19 ust. 1 TFUE przewiduje, że:

> bez uszczerbku dla innych postanowień Traktatów i w granicach kompetencji, które Traktaty powierzają Unii, Rada, stanowiąc jednomyślnie zgodnie ze specjalną procedurą prawodawczą i po uzyskaniu zgody Par-

[191] W kontekście pozostałych swobód podobną rolę pełnią art. 49 i 54 TFUE (swoboda prowadzenia działalności gospodarczej), art. 56 i 57 TFUE (swoboda świadczenia usług) oraz art. 63 TFUE (swoboda przepływu kapitału), choć warto zauważyć, że nie zakazują one dyskryminacji, ale ograniczeń. Relacje zachodzące między tymi koncepcjami będą przedmiotem rozważań w ostatnim rozdziale pracy.

[192] Por. np. wyrok z 7 marca 1991 roku w sprawie Masgio v. Bundesknappschaft, C-10/90, ECR 1991, s. I–1119, pkt 12.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

lamentu Europejskiego, może podjąć środki niezbędne w celu zwalczania wszelkiej dyskryminacji ze względu na płeć, rasę lub pochodzenie etniczne, religię lub światopogląd, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną.

Przepis ten różni się istotnie od wskazanej wyżej regulacji art. 18 TFUE, bowiem ma on charakter kompetencyjny (stanowi upoważnienie dla instytucji unijnych do przyjęcia wskazanych w nim środków), a nie jest ujęty w kategoriach praw[193]. Dlatego też w wyroku z 22 listopada 2005 roku w sprawie Werner Mangold v. Rüdiger Helm[194] Trybunał nie uznał tego przepisu za źródło zakazu dyskryminacji ze względu na wiek, ale odwołał się do „instrumentów międzynarodowych i wspólnej tradycji konstytucyjnej państw członkowskich"[195]. Z kolei w wyroku z 8 września 2011 roku w sprawach Sabine Hennigs v. Eisenbahn-Bundesamt oraz Land Berlin v. Alexander Mai[196] odniósł się do regulacji art. 21 Karty Praw Podstawowych jako źródła zasady niedyskryminacji ze względu na wiek, skonkretyzowanej w prawie wtórnym, czyli w dyrektywie 2000/78.

Nie ma zatem wątpliwości, że przepis art. 19 nie wywołuje bezpośrednich skutków prawnych, ale jest uzależniony od podjęcia dalszych działań legislacyjnych. Podlegają one przy tym dość rygorystycznym wymogom proceduralnym – środki służące zwalczaniu dyskryminacji ze względu na kryteria wymienione w art. 19 TFUE mają być przyjmowane zgodnie ze specjalną procedurą prawodawczą za zgodą Parlamentu Europejskiego, ale po uzyskaniu jednomyślności w Radzie.

---

[193] Słusznie zwraca na to uwagę M. Barbera, op. cit., s. 86. Por. też C. Barnard, *Article 13: Through the Looking Glass of Union Citizenship*, [w:] *Legal Issues of Amsterdam Treaty*, D. O'Keeffe, P. Twomey (red.), Oxford 1999, s. 382, która również podkreśla, że omawiana regulacja nie stanowi samodzielnego prawa, na które mogą powoływać się obywatele dla podważenia legalności działań instytucji wspólnotowych lub państw członkowskich w zakresie, w jakim stosują one prawo wspólnotowe, nie można też powołać się na nią dla podważenia legalności działań innych jednostek.

[194] C-144/04, ECR 2005, s. I–9981.

[195] Ibidem, pkt 74.

[196] Sprawy połączone C-297 i 298/10, pkt 46, niepubl., dostępny na stronie curia.europa.eu.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

Warto odnotować, że w Traktacie z Lizbony nastąpiła ważna zmiana w tym zakresie, bowiem wcześniej art. 13 TWE przewidywał jedynie procedurę konsultacji, co było przedmiotem krytyki w doktrynie, biorąc pod uwagę zaangażowanie Parlamentu w walkę z różnymi formami dyskryminacji[197]. Nadal jednak pozostawiono wymóg jednomyślności w Radzie, co niesie za sobą ryzyko blokowania procesu decyzyjnego przez poszczególne państwa członkowskie, a samo ryzyko skorzystania z weta może prowadzić do obniżenia poziomu ochrony gwarantowanej w aktach prawnych przyjmowanych na podstawie art. 19 TFUE.

Należy ponadto zauważyć, że omawiany przepis ma być stosowany „bez uszczerbku dla innych postanowień Traktatów" i „w granicach kompetencji, które Traktaty powierzają Unii". W doktrynie wskazuje się, że „inne postanowienia" to nie tylko te odnoszące się do zwalczania dyskryminacji ze względu na zakazane w art. 19 TFUE kryteria, których *nota bene* w Traktacie jest niewiele, ale także, a w zasadzie przede wszystkim, przepisy, których celem nie jest zwalczanie dyskryminacji, lecz dotyczą one, np. warunków zatrudnienia, informacji i konsultacji pracowników, edukacji[198]. Trzeba jednak podkreślić, że relacja przepisu art. 19 TFUE do innych przepisów Traktatu nie jest oparta, jak w przypadku art. 18 TFUE, na zasadzie *lex generalis-lex specialis*. W rezultacie może być on stosowany niezależnie od innych postanowień upoważniających do zwalczania dyskryminacji lub nawet łącznie z nimi[199]. Istotne znaczenie ma jednak zastrzeżenie, że może to nastąpić jedynie w granicach kompetencji powierzonej Unii przez Traktaty. Mamy tu zatem od czynienia z kolejną różnicą

---

[197] Por. m. in. M. Bell, *Anti-Discrimination Law and the European Union*, Oxford 2002, s. 125, czy L. Waddington, *Article 13 EC: Mere Rhetoric or a Harbinger of Change?*, „Cambridge Yearbook of European Legal Studies" 1998, t. 1, s. 182.

[198] Por. A. Wróbel, *Art. 19*, [w:] *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz*, t. I, A. Wróbel, D. Miąsik, N. Półtorak (red.), Warszawa 2012, s. 413 oraz L. Waddington, *Article 13 EC: Mere Rhetoric*..., s. 180, która wskazuje, że skoro omawiany przepis jest stosowany „bez uszczerbku" dla innych postanowień Traktatów, to istnieje możliwość włączania do aktów prawa wtórnego przyjętych na ich podstawie klauzul zakazujących dyskryminacji.

[199] Słusznie zwraca na to uwagę A. Wróbel, *Art. 19*, [w:] *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej*..., s. 413.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

w porównaniu z art. 18 TFUE, który zakazuje wszelkiej dyskryminacji ze względu na przynależność państwową w „zakresie zastosowania Traktatów", co zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości jest pojęciem szerszym[200]. Można zatem postawić tezę, że mając na uwadze aktywność orzeczniczą Trybunału na tle postanowienia art. 12 TWE (obecnie art. 18 TFUE) państwa członkowskie chciały ograniczyć zakres zastosowania omawianego postanowienia[201]. Sprawia to jednak że zakaz dyskryminacji ze względu na wskazane w art. 19 TFUE kryteria znajduje zastosowanie w obszarach, które należą już do kompetencji Unii, np. w sferze zatrudnienia[202].

Warto jednak zauważyć, że w odniesieniu do dyskryminacji ze względu na płeć, przepis ten będzie miał istotne znaczenie właśnie w innych obszarach, niż zatrudnienie, ponieważ w tym zakresie zostały już przyjęte stosowne regulacje prawne na podstawie innych przepisów traktatowych, choćby art. 141 ust. 3 TWE (obecnie art. 157 ust. 3 TFUE). Może znaleźć zastosowanie, np. w odniesieniu do prawa podatkowego, zdrowia publicznego, badań i rozwoju, kultury czy ochrony konsumentów (natomiast nie w takich dziedzinach, jak prawo karne czy rodzinne, które nie mieszczą się w zakresie kompetencji Unii Europejskiej)[203].

---

[200] Por. np. cyt. wyżej wyrok z 24 listopada 1998 roku w sprawie postępowanie karne przeciwko Horst Otto Bickel i Ulrich Franz, C-274/96, ECR 1998, s. I–7637, pkt 17, gdzie Trybunał stwierdził, że sprawy związane z postępowaniem karnym należą wprawdzie do zagadnień, za które odpowiedzialne są państwa członkowskie, niemniej jednak prawo wspólnotowe nakłada pewne ograniczenia w odniesieniu do korzystania z ich kompetencji w tym obszarze. W rezultacie uznał te zagadnienia za mieszczące się w zakresie zastosowania Traktatów, choć nie należały one do kompetencji Wspólnoty.

[201] Tak M. Bell, *Anti-Discrimination Law and…*, s. 134.

[202] Por. L. Flynn, *The Implications of Article 13 EC – after Amsterdam, Will Some Forms of Discrimination Be More Equal Than Others?*, „Common Market Law Review" 1999, t. 36, nr 6, s. 1135 i L. Waddington, *Testing the Limits of the EC Treaty Article on Non-Discrimination*, „Industrial Law Review" 1999, t. 28, nr 2, s. 137. Por. też C. Barnard, *Article 13: Through the Looking Glass of Union Citizenship...*, s. 391, która zwraca uwagę na to, że kompetencja Unii w odniesieniu do edukacji, zwłaszcza wczesnoszkolnej, mieszkalnictwa i innych usług, a zwłaszcza życia politycznego, nie jest już tak oczywista, jak w odniesieniu do zatrudnienia.

[203] Por. szerzej. Ch. Tobler, *Sex Equality Law under the Treaty of Amsterdam*, „European Journal of Law Reform" 2000, t. 2, nr 1, s. 146.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

Poza tym w omawianym przepisie znajduje się zastrzeżenie, że Rada „może podjąć środki niezbędne w celu zwalczania wszelkiej dyskryminacji ze względu na płeć, rasę lub pochodzenie etniczne, religię lub światopogląd, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną". Ocena, czy działanie Unii jest niezbędne, powinna być dokonywana wyłącznie pod kątem stopnia osiągania celu, jakim jest zwalczanie wszelkiej dyskryminacji ze względu na kryteria wskazane w art. 19 TFUE i należy ona do wszystkich organów uczestniczących w procedurze podejmowania tych środków[204]. Z kolei wskazanie, że mają one służyć zwalczaniu dyskryminacji zakłada, że Unia będzie podejmowała aktywne działania w tym zakresie, a nie ograniczała się jedynie do wydawania aktów prawnych zakazujących dyskryminacyjnych praktyk[205]. W związku z tym w doktrynie zauważa się, że omawiana regulacja wzmacnia ogólną zasadę równości, bowiem pozwala na podejmowanie takich działań, które w perspektywie mają prowadzić do zapewnienia równości materialnej[206].

Walka z dyskryminacją odnosi się do wszystkich wskazanych w art. 19 TFUE kryteriów, przy czym należy przyjąć, że mają one jednakowe znaczenie, a nie są uporządkowane hierarchicznie. Ich katalog jest zamknięty, co nie pozwala uwzględnić dynamicznego charakteru regulacji odnoszących się do dyskryminacji i różni się istotnie od podejścia, jakie zastosowano w Karcie Praw Podstawowych[207]. Przypomnijmy bowiem, że art. 21 ust. 1 Karty nie tylko przewiduje większą liczbę kryteriów (uwzględniając m.in. cechy genetyczne, język, poglądy polityczne, majątek, urodzenie), ale również lista ta ma otwarty charakter. Szkoda, że w tym zakresie nie nastąpiło zbliżenie obu regulacji w Traktacie z Lizbony, co sprzyjałoby większej spójności unijnych

---

[204] A. Wróbel, *Art. 19*, [w:] *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej...*, s. 419–420.

[205] L. Waddington, *Testing the Limits…*, s. 138. Podobnie C. Barnard, *Article 13: Through the Looking Glass of Union Citizenship…*, s. 389.

[206] Tak A. Lengauer, *The New General Principle of Non-discrimination in the EC Treaty as Amended by the Treaty of Amsterdam*, „Austrian Review of International and European Law" 1999, t. 3, nr 3, s. 393–394.

[207] Tak słusznie, M. Bell, *Anti-Discrimination Law and…*, s. 127.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

przepisów prawnych, jak również dawałoby podstawę do przyjęcia aktów prawnych zakazujących dyskryminacji ze względu na te nowe kryteria, wyraźnie wskazane w Karcie. W aktualnym stanie prawnym nie będzie to bowiem możliwe.

Należy zatem stwierdzić, że mimo pewnych ograniczeń, jakie wynikają ze sformułowania art. 19 TFUE, może on odgrywać istotną rolę w zakresie zwalczania różnych form dyskryminacji ze względu na płeć, rasę lub pochodzenie etniczne, religię lub światopogląd, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną. W doktrynie podkreśla się, że różnorodność instrumentów prawnych, jakie mogą być przyjęte na podstawie omawianego postanowienia, otwiera pole dla jego szerokiego zastosowania[208]. Jeden z byłych sędziów Trybunału Sprawiedliwości – Manfred Zuleeg – nazwał art. 13 TWE (obecnie art. 19 TFUE) wręcz „śpiącym gigantem", wskazując, że do Komisji Europejskiej należy jego zbudzenie i pokazanie jego siły[209].

3.4. Zakaz dyskryminacji w prawie wtórnym UE

W aktualnym stanie prawnym akty prawa wtórnego dotyczące zakazu dyskryminacji ze względu na wymienione w Traktatach kryteria są stosunkowo liczne. Początkowo jednak koncentrowano się głównie na współpracy o charakterze ekonomicznym, a zatem pierwszą regulacją, która odnosiła się do zakazu dyskryminacji, było rozporządzenie nr 1612/68 z 15 października 1968 roku w sprawie swobodnego przepływu pracowników wewnątrz Wspólnoty[210]. Zawarto w nim ogólne postanowienie, iż „**każdy obywatel państwa członkowskiego** oraz każdy pracodawca prowadzący działalność na terytorium państwa członkowskiego mogą wymieniać między sobą oferty zatrudnienia, zawierać i wykonywać umowy o pracę, zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawowymi, wykonawczymi i administracyjnymi, **w sposób**

[208] L. Waddington, *Testing the Limits*…, s. 138.

[209] Por. R. Allen QC, *Article 13 EC, Evolution and Current Contexts*, [w:] *Equality Law in an Enlarged European Union. Understanding the Article 13 Directives*, H. Meenan (red.), Cambridge 2007, s. 58.

[210] Dz. Urz. L 257 z 19.10.1968, s. 2–12.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

wolny od wszelkiej dyskryminacji" (art. 2). W przepisie tym podkreślono zatem prawo do poszukiwania pracy i dostępu do zatrudnienia dla obywateli wszystkich państw członkowskich na niedyskryminujących warunkach. Kolejne regulacje rozporządzenia 1612/68 odnoszą się natomiast do kryteriów stosowanych przy rekrutacji pracowników (art. 6 ust. 1), warunków zatrudnienia i pracy, w szczególności wynagrodzenia (art. 7 ust. 1), przywilejów socjalnych i podatkowych (art. 7 ust. 2), dostępu do szkolenia zawodowego (art. 7 ust. 3), przynależności do związków zawodowych i praw związkowych (art. 8), prawa do korzystania z wszelkich praw i świadczeń przyznawanych pracownikom krajowym w sprawach mieszkaniowych (art. 9). Jak widać, zakres przedmiotowy zakazu dyskryminacji ze względu na przynależność państwową jest szeroko określony i odnosi się do całej szeroko rozumianej sfery zatrudnienia, jak również przywilejów socjalnych i spraw mieszkaniowych. Należy przy tym zauważyć, że jest on skierowany nie tylko do władz publicznych, ale również pracodawców[211]. Co równie istotne, z art. 3 ust. 1 rozporządzenia 1612/68 wynika, że jego postanowienia odnoszą nie tylko do dyskryminacji bezpośredniej, ale również pośredniej. Zakazuje się bowiem stosowania zarówno przepisów ograniczających lub uzależniających przyjmowanie wniosków, składanie ofert pracy, dostęp do zatrudnienia i jego wykonywanie przez cudzoziemców od spełnienia warunków, które nie dotyczą obywateli tego państwa (przepisy bezpośrednio dyskryminujące), jak również tych, które mimo zakresu stosowania bez względu na przynależność państwową, mają na celu lub ich wyłącznym lub głównym skutkiem jest niedopuszczanie obywateli innych państw członkowskich do oferowanego miejsca pracy (przepisy pośrednio dyskryminujące)[212].

---

[211] Art. 7 ust. 4 przewidywał bowiem, że „wszelkie postanowienia porozumień zbiorowych lub indywidualnych lub inne zbiorowe regulacje dotyczące dostępu do zatrudnienia, wynagrodzenia i innych warunków pracy albo zwolnienia są nieważne w zakresie, w jakim określają lub uprawniają do stosowania warunków dyskryminujących pracowników, którzy są obywatelami innych państw członkowskich".

[212] Zakaz ten nie odnosi się jednak do warunków dotyczących znajomości języków, jeśli jest ona niezbędna ze względu na charakter oferowanego miejsca pracy.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

Podobnie szeroki zakres mają postanowienia dyrektywy 2004/38 z 29 kwietnia 2004 roku w sprawie prawa obywateli Unii i członków ich rodzin do swobodnego przemieszczania się i pobytu na terytorium państw członkowskich[213]. Wskazuje się tam bowiem ogólnie, że „zgodnie z zakazem dyskryminacji ze względu na przynależność państwową, wszyscy obywatele Unii i członkowie ich rodzin zamieszkujący w państwie członkowskim na podstawie niniejszej dyrektywy, powinni korzystać w tym państwie członkowskim z równego traktowania, jak jego obywatele w dziedzinach objętych Traktatem, z zastrzeżeniem szczególnych postanowień wyraźnie sformułowanych w Traktacie lub prawie wtórnym" (ustęp 20 preambuły). Uszczegółowienie tej regulacji następuje zaś w art. 24 dyrektywy 2004/38, gdzie doprecyzowuje się, że korzystanie z tego prawa obejmuje członków rodziny, którzy nie są obywatelami jednego z państw członkowskich i posiadają prawo pobytu lub stałego pobytu. Oznacza to, że zakaz dyskryminacji odnosi się nie tylko do obywateli państw członkowskich, ale również innych państw, pod warunkiem, że są członkami rodziny obywatela jednego z państw członkowskich. Ponadto wskazane postanowienia rozszerzają zakaz dyskryminacji ze względu na przynależność państwową poza sferę zatrudnienia, wskazując, że znajdzie on zastosowanie „w dziedzinach objętych Traktatem" (w sferze zastosowania Traktatów). Pojęcie to należy interpretować w taki sam sposób, jak w odniesieniu do regulacji art. 18 TFUE, a to oznacza, że wiele przepisów, czy praktyk krajowych może zostać poddanych ocenie z punktu widzenia ich zgodności z ogólnym zakazem dyskryminacji ze względu na przynależność państwową (por. wyżej omówione rozstrzygnięcia Trybunału Sprawiedliwości dotyczące tego zagadnienia).

Wiele aktów prawa wtórnego wydano również w dziedzinie **zakazu dyskryminacji ze względu na płeć.** Należy bowiem zauważyć, że choć w tytułach wydawanych w tym obszarze aktów prawnych pojawiają się pojęcia równości bądź równego traktowania, to jednak są one

[213] Dyrektywa zmieniająca rozporządzenie (EWG) nr 1612/68 i uchylająca dyrektywy 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG i 93/96/EWG, Dz. Urz. L 158 z 30.04.2004, s. 77–123.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

definiowane jako zniesienie bądź brak jakiejkolwiek dyskryminacji. Oznacza to, że w gruncie rzeczy równe traktowanie jest utożsamiane z zakazem dyskryminacji. Jedną z pierwszych regulacji dotyczących tego zagadnienia była dyrektywa 75/117 z 10 lutego 1975 roku w sprawie zbliżenia ustawodawstw państw członkowskich dotyczących stosowania zasady równości wynagrodzeń dla mężczyzn i kobiet[214]. W akcie tym zdefiniowano „zasadę równości wynagrodzeń" jako zniesienie wszelkiej dyskryminacji ze względu na płeć w odniesieniu do wszelkich aspektów i warunków wynagrodzenia za taką samą pracę lub za pracę o równej wartości. Państwa członkowskie zostały zobowiązane do zniesienia wszelkiej dyskryminacji między mężczyznami a kobietami w stosunku do wynagrodzeń, wynikającej z przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych oraz do podjęcia wszelkich niezbędnych środków w celu zapewnienia przestrzegania zasady równości wynagrodzenia przez pracodawców[215]. Dyrektywa przewidywała także zobowiązanie krajów członkowskich do wprowadzenia do swych systemów prawnych procedur umożliwiających sądowe dochodzenie roszczeń przez wszystkich pracowników, którzy uważali się za pokrzywdzonych w wyniku niestosowania zasady równości wynagrodzeń. Co więcej, gwarantowała ona ochronę przed zwolnieniami tych pracowników, którzy zdecydowali się na podjęcie kroków prawnych mających na celu realizację zasady równego wynagradzania[216].

Kolejnym istotnym aktem prawnym w omawianym obszarze była dyrektywa 76/207 z 9 lutego 1976 roku w sprawie wprowadzenia w życie zasady równego traktowania kobiet i mężczyzn w zakresie dostępu do zatrudnienia, kształcenia i awansu zawodowego oraz warunków

[214] Dz. Urz. L 45 z 19.02.1975, s. 19–20.

[215] Art. 4 dyrektywy 75/117 przewidywał, że: „państwa członkowskie podejmą wszelkie niezbędne środki w celu zapewnienia, że przepisy niezgodne z zasadą równości wynagrodzeń, zawarte w układach zbiorowych pracy, siatkach płac, porozumieniach płacowych czy indywidualnych umowach o pracę zostaną albo będą mogły zostać uznane za nieważne, bądź że będą mogły zostać zmienione".

[216] Por. art. 5 dyrektywy oraz K. Kędziora, K. Śmiszek, *Dyskryminacja i mobbing w zatrudnieniu*, Warszawa 2008, s. 18

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

pracy[217]. Zasada równego traktowania została tam zdefiniowana jako „brak dyskryminacji ze względu na płeć, zarówno bezpośredniej, jak i pośredniej, w szczególności przez odniesienie się do stanu cywilnego lub rodzinnego" (art. 2 ust.1). Jednocześnie jednak wskazano na możliwość wyłączenia z zakresu jej stosowania takich dziedzin działalności zawodowej (a w odpowiednim przypadku także typu kształcenia prowadzącego do ich wykonywania), w których ze względu na charakter lub warunki ich wykonywania płeć pracownika stanowi czynnik rozstrzygający. Ponadto państwa członkowskie mogły utrzymać przepisy dotyczące ochrony kobiet, zwłaszcza jeśli chodzi o ciążę i macierzyństwo, jak również podejmować tzw. działania pozytywne, czyli mające na celu promowanie równości szans dla kobiet i mężczyzn, w szczególności poprzez usuwanie istniejących nierówności. Podobnie, jak w dyrektywie 75/117 i w omawianym akcie prawnym przewidziano zobowiązanie państw członkowskich do wprowadzenia do ustawodawstwa krajowego odpowiednich procedur sądowych umożliwiających dochodzenie roszczeń przez ofiary dyskryminacji. Wreszcie uwzględniono potrzebę ochrony pracownika przed tzw. działaniami odwetowymi, czyli głównie wypowiedzeniem w reakcji pracodawcy na wniesioną skargę.

Następnie przyjęto dyrektywę 79/7 z 19 grudnia 1978 roku w sprawie stopniowego wprowadzania w życie zasady równego traktowania kobiet i mężczyzn w dziedzinie zabezpieczenia społecznego[218]. Analogicznie, jak w wyżej omówionych aktach prawnych przewidziano tam, że zasada równego traktowania oznacza brak jakiejkolwiek dyskryminacji ze względu na płeć tak bezpośredniej, jak i pośredniej, zwłaszcza przez odniesienie się do stanu cywilnego lub rodzinnego (art. 4 ust. 1). Natomiast państwa członkowskie zostały zobowiązane do podjęcia środków niezbędnych w celu uchylenia przepisów sprzecznych z tą zasadą[219].

---

[217] Dz. Urz. L 39 z 14.02.1976, s. 40–42.

[218] Dz. Urz. L 6 z 10.01.1979, s. 24–25.

[219] Należy jednak zauważyć, że art. 7 dyrektywy pozwalał państwom członkowskim na wyłączenie z jej zakresu: a) ustalenia wieku emerytalnego dla celów przyznania rent i emerytur oraz skutków mogących z tego wypływać w odniesieniu do innych

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

Dyrektywa 86/613 z 11 grudnia 1986 roku w sprawie stosowania zasady równego traktowania kobiet i mężczyzn pracujących na własny rachunek, w tym w rolnictwie, oraz w sprawie ochrony kobiet pracujących na własny rachunek w okresie ciąży i macierzyństwa[220] miała na celu rozciągnięcie przepisów dyrektywy 76/207 na sferę samozatrudnienia. Zasada równego traktowania została tam zdefiniowana jako brak jakiejkolwiek dyskryminacji ze względu na płeć, tak bezpośredniej jak i pośredniej, zwłaszcza przez odwołanie się do stanu cywilnego lub rodzinnego (art. 3). Odniesiono ją nie tylko do osób pracujących na własny rachunek, tzn. wszystkich osób prowadzących działalność zarobkową na własny rachunek, w tym rolników i osób wykonujących wolne zawody, ale również do ich małżonków, nie będących pracownikami ani wspólnikami, którzy w trwały sposób uczestniczą w działalności osoby pracującej na własny rachunek i wykonują takie same zadania lub zadania o charakterze wspomagającym.

Na początku lat dziewięćdziesiątych przyjęto zaś dyrektywę Rady 92/85/EWG z 19 października 1992 roku w sprawie wprowadzenia środków służących wspieraniu poprawy w miejscu pracy bezpieczeństwa i zdrowia pracownic w ciąży, pracownic, które niedawno rodziły, i pracownic karmiących piersią[221]. Akt ten ma nieco innych charakter prawny niż wyżej omówione dyrektywy, ponieważ nie tyle wprowadza on zasadę równego traktowania, co uwzględnia szczególną rolę kobiety w zakresie macierzyństwa, a jego celem jest „wprowadzenie w życie środków sprzyjających poprawie w miejscu pracy zdrowia

świadczeń; b) przywilejów przyznawanych w systemach ubezpieczenia emerytalnego osobom, które wychowywały dzieci; nabycia praw do świadczeń na podstawie okresów przerwy w wykonywaniu pracy ze względu na wychowywanie dzieci; c) przyznania świadczeń emerytalnych lub inwalidzkich z tytułu praw pochodnych małżonki; d) przyznania zwiększenia świadczeń z tytułu długotrwałego inwalidztwa, starości, wypadku przy pracy lub choroby zawodowej na rzecz będącej na utrzymaniu małżonki; e) skutków wynikających z wykonania przed przyjęciem niniejszej dyrektywy prawa wyboru powodującego rezygnację z nabycia praw lub zaciągnięcia zobowiązań w ramach systemu ustawowego. Por. J. M. Steiner, *Sex Discrimination under UK and EEC Law: Two Plus Four Equals One*, „International and Comparative Law Quarterly" 1983, t. 32, nr 2, s. 416.

[220] Dz. Urz. L 359 z 19.12.1986, s. 56–58.

[221] Dz. Urz. L 348 z 28.11.1992, s. 1–8.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

i bezpieczeństwa pracownic w ciąży, pracownic, które niedawno rodziły, lub karmiących piersią" (art. 1)[222]. Dyrektywa zawiera regulacje, które zobowiązują pracodawców do podjęcia niezbędnych środków zapewniających czasowe dostosowanie warunków i/lub czasu pracy konkretnej pracownicy, aby uniknąć narażenia jej na ryzyko związane z wykonywaniem danej pracy. W sytuacji, gdy takie dostosowanie nie jest technicznie lub obiektywnie wykonalne bądź nie może być wymagane z należycie uzasadnionych powodów, pracodawca jest zobowiązany do podjęcia niezbędnych środków, aby przenieść pracownicę do innej pracy, a gdy to nie jest możliwe ma ona otrzymać urlop zgodnie z prawem krajowym i/lub praktyką krajową na cały okres niezbędny do ochrony zdrowia lub bezpieczeństwa[223]. W dyrektywie przewidziano też takie formy ochrony kobiet w związku z macierzyństwem, jak: zakaz pracy nocnej kobiet w ciąży i w okresie po urodzeniu dziecka, który ma zostać określony przez władze krajowe (art. 7), prawo do urlopu macierzyńskiego trwającego co najmniej 14 tygodni (art. 8), prawo do zwolnień z pracy, bez utraty wynagrodzenia, w celu dokonania badań prenatalnych, jeżeli takie badania muszą się odbyć w godzinach pracy (art. 9) oraz zakaz zwolnień z pracy w okresie od początku ciąży do końca urlopu macierzyńskiego (art. 10).

Natomiast dyrektywa 97/80 z 15 grudnia 1997 roku dotycząca ciężaru dowodu w sprawach dyskryminacji ze względu na płeć[224] zmierzała do ułatwienia dochodzenia swoich roszczeń przez osoby będące ofiarami takiej dyskryminacji. W rezultacie nie tylko wprowadziła

[222] Pojęcia te zostają zdefiniowane w dyrektywie w następujący sposób:
a) „pracownica w ciąży" oznacza pracownicę w ciąży, która poinformuje o swym stanie swego pracodawcę, zgodnie z prawem krajowym i/lub praktyką krajową;
b) „pracownica, która niedawno rodziła" oznacza pracownicę, która niedawno rodziła w rozumieniu prawa krajowego i/lub praktyki krajowej oraz poinformuje o swym stanie pracodawcę, zgodnie z tymże prawem i/lub praktyką;
c) „pracownica karmiąca piersią" oznacza pracownicę karmiącą piersią w rozumieniu prawa krajowego i/lub praktyki krajowej, która poinformuje o swym stanie pracodawcę, zgodnie z tymże prawem i/lub praktyką.

[223] Por. szerzej art. 5 ust.1–3 dyrektywy oraz K. Kędziora, K. Śmiszek, op. cit., s. 20.

[224] Dz. Urz. L 14 z 20.01.1998, s. 6–8.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

ona definicję dyskryminacji pośredniej (art. 2 ust. 2), gdyż, jak wskazano w ust. 19 preambuły dyrektywy, jest ją o wiele trudniej udowodnić, ale również przewidziała korzystne regulacje dotyczące ciężaru dowodu. Mianowicie, państwa członkowskie zostały zobowiązane do wprowadzenia odpowiednich przepisów i procedur w celu zapewnienia, że jeśli osoby, które uznają się za skrzywdzone, przedstawią przed sądem lub innym właściwym organem fakty, z których można domniemywać istnienie bezpośredniej lub pośredniej dyskryminacji, zadaniem strony pozwanej będzie udowodnienie, że zasada równości traktowania nie została naruszona (art. 4 ust.1). Państwa członkowskie zostały również upoważnione do wprowadzenia korzystniejszych dla strony skarżącej zasad dowodowych[225]. Uzasadnieniem dla takiego ukształtowania zasad procesowych w sprawach dotyczących dyskryminacji ze względu na płeć są trudności dowodowe, jakie występują w tego typu sprawach. Nie tylko bowiem pracodawca może posłużyć się dokumentami, do których pracownik zwykle nie ma dostępu, ale również dysponuje on większymi środkami na ochronę prawną swych interesów, tzn. ma do dyspozycji zarówno opłacaną z funduszy przedsiębiorstwa stałą obsługę prawną, jak i środki finansowe na pokrycie kosztów procesu[226].

Kolejna dyrektywa 2002/73 z 23 września 2002 roku wprowadziła ważne zmiany do dyrektywy 76/207[227] mające na celu zarówno dostosowanie jej postanowień do regulacji zawartych w dyrektywach 2000/43 oraz 2000/78 (głównie w zakresie definicji pojęć), jak i uwzględnienie dotychczasowego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości dotyczącego zakazu dyskryminacji ze względu na płeć. W rezultacie dyrektywa wprowadziła definicje dyskryminacji bezpośred-

[225] W tym kontekście należy bowiem zauważyć, że dyrektywa nie przerzuca całkowicie ciężaru dowodu na pracodawcę, bowiem w takiej sytuacji musiałby on od początku postępowania sądowego wykazywać, że jego postępowanie było oparte na czynnikach obiektywnych. Por. szerzej J. L. Luxton, *Equality and Sex Discrimination in the European Union – Is Shifting the Burden of Proof the Answer?*, „Dickinson Journal of International Law" 1999, t. 17, nr 2, 375.

[226] Por. E. Zielińska, *Ciężar dowodu...*, s. 170.

[227] Dz. Urz. L 269 z 5.10.2002, s. 15–20.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

niej oraz pośredniej, molestowania i molestowania seksualnego (przy czym te ostatnie wraz z poleceniem nakazującym dyskryminowanie osób ze względu na płeć uważane są za dyskryminację). W akcie tym doprecyzowany został także zakres zastosowania zasady równego traktowania kobiet i mężczyzn – odnosi się ona do sektora publicznego oraz prywatnego, w tym do:

a) warunków dostępu do zatrudnienia, do pracy na własny rachunek oraz uprawiania zawodu, włączając również kryteria selekcji i warunki rekrutacji, niezależnie od rodzaju działalności i na wszystkich szczeblach hierarchii zawodowej, włącznie z awansem zawodowym;
b) dostępu do wszystkich rodzajów i szczebli poradnictwa zawodowego, kształcenia zawodowego, doskonalenia i przekwalifikowywania pracowników, łącznie ze zdobywaniem praktycznych doświadczeń;
c) warunków zatrudnienia i pracy, włączając zwolnienia, a także wynagrodzenie, jak przewidziano w dyrektywie 75/117/EWG;
d) członkostwa i uczestniczenia w organizacji pracowników lub pracodawców bądź jakiejkolwiek organizacji, której członkowie wykonują określony zawód, łącznie z przywilejami, jakie dają tego typu organizacje.

Zasadniczo utrzymano dotychczasowe wyłączenia z zakresu zastosowania ogólnej zasady równego traktowania[228]. Natomiast rozszerzone zostały przepisy dotyczące dochodzenia roszczeń i odszko-

[228] Dotyczą one tzw. prawdziwego i determinującego wymogu zawodowego („państwa członkowskie mogą przewidzieć, że odmienne traktowanie ze względu na cechy związane z płcią nie stanowi dyskryminacji, jeżeli ze względu na rodzaj działalności zawodowej lub warunki jej wykonywania cecha taka jest prawdziwym i determinującym wymogiem zawodowym, pod warunkiem że cel jest zgodny z prawem, a wymóg jest proporcjonalny"); stosowania szczególnych postanowień służących ochronie kobiet związanej z ciążą i macierzyństwem oraz podejmowania tzw. działań pozytywnych. Postanowienia dyrektywy 2002/73 odnoszące się do tych zagadnień omawia szczegółowo A. Masselot, *The New Equal Treatment Directive: Plus Ca Change... Comment on Directive 2002/73/EC of 23 September 2002 Amending Council Directive 76/207/EC on the Implementation of the Principle of Equal Treatment for Men and Women as Regards Access to Employment, Vocational Training and Promotion, and Working Conditions*, „Feminist Legal Studies" 2004, t. 12, nr 1, s. 7–10.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

dowań, przewidziano obowiązek utworzenia organu lub organów do spraw promowania, analizowania, nadzorowania i wspierania równego traktowania wszystkich osób bez dyskryminacji ze względu na płeć, jak również nakazano ustanowienie sankcji obowiązujących wobec naruszeń zasady równego traktowania, wskazując, że mają być one skuteczne, proporcjonalne i odstraszające.

Celem dyrektywy 2004/113 z 13 grudnia 2004 roku wprowadzającej w życie zasadę równego traktowania mężczyzn i kobiet w zakresie dostępu do towarów i usług oraz dostarczania towarów i usług[229] jest natomiast stworzenie ram do walki z dyskryminacją ze względu na płeć w obszarze wskazanym w tytule tego aktu prawnego. W związku z tym jego postanowienia stosuje się do wszystkich osób, które dostarczają towary i usługi, ogólnodostępne niezależnie od zainteresowanej osoby zarówno w sektorze publicznym, jak i prywatnym, włącznie z instytucjami publicznymi, które oferowane są poza obszarem życia prywatnego i rodzinnego oraz do transakcji dokonywanych w tym kontekście (art. 3 ust. 1). Dyrektywa nie znajduje jednak zastosowania do treści zawartych w środkach masowego przekazu czy w ogłoszeniach ani do kształcenia, jak również do spraw związanych z zatrudnieniem i wykonywaniem zawodu, które są obecnie uregulowane w dyrektywie 2006/54. Omawiany akt prawny zawiera definicje dyskryminacji bezpośredniej oraz pośredniej, molestowania i molestowania seksualnego, analogiczne do tych, które wprowadziła dyrektywa 2002/73. Zakazuje przy tym stosowania wszystkich tych form dyskryminacji. Należy jednak zwrócić uwagę na przepis art. 4 ust. 5, który przewiduje, że „nie wyklucza się różnic w traktowaniu, jeżeli dostarczanie towarów i usług wyłącznie lub głównie przedstawicielom jednej płci jest uzasadnione celem zgodnym z prawem, a środki dla osiągnięcia tego celu są właściwe i niezbędne". Jest to zatem wyjątek od ogólnego zakazu dyskryminacji i chociaż będzie on musiał odpowiadać ogólnym wymogom wynikającym z zasady proporcjonalności, a kontrola jego stosowania będzie należała do Trybunału Sprawiedliwości, to jednak pozwala on w szerokim zakresie stosować środki sprzeczne z zasadą

[229] Dz. Urz. L 373 z 21.12.2004, s. 37–43.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

równego traktowania kobiet i mężczyzn w zakresie dostępu do oraz dostarczania towarów i usług[230]. W doktrynie wyrażany jest pogląd, że dyrektywa 2004/113, przewidując taką daleko idącą możliwość wyłączeń i pozwalając na ich usprawiedliwienie zgodnym z prawem celem, prowadzi do zatarcia granic między dyskryminacją bezpośrednią i pośrednią, a jeśli do tego uwzględnimy stosunkowo wąski zakres jej zastosowania, to trzeba stwierdzić, że stanowi ona rozczarowanie dla tych, którzy długo czekali na wyczerpującą regulację zakazu dyskryminacji ze względu na płeć[231]. Warto jednak zauważyć, że państwa członkowskie mogą przyjmować lub utrzymywać przepisy bardziej korzystne dla ochrony równego traktowania mężczyzn i kobiet niż przewidziane w dyrektywie (art. 7). Ponadto stwarza ona podstawy do podejmowania tzw. działań pozytywnych – szczególnych środków mających zapobiegać lub wyrównywać niedogodności związane z płcią (art. 6). W dyrektywie 2004/113 zawarto również regulacje dotyczące dochodzenia roszczeń i odszkodowań, w tym ciężaru dowodu i ochrony przed tzw. działaniami odwetowymi ze strony pracodawcy. Wreszcie przewiduje się obowiązek wyznaczenia organu lub organów do spraw promowania, analizowania, monitorowania i wspierania

---

[230] W ustępie 16 preambuły wskazuje się, że „przykładem takiego słusznego celu może być ochrona ofiar przemocy na tle seksualnym (w takich przypadkach jak zakładanie schronisk dla przedstawicieli jednej płci), konieczność ochrony prywatności i przyzwoitości (w takich przypadkach jak udostępnianie zamieszkania przez osobę w części domu tej osoby), promowanie równości płci lub interesów mężczyzn lub kobiet (na przykład dobrowolne instytucje reprezentujące jedną płeć), swoboda zrzeszania się (w przypadkach członkostwa w prywatnych klubach jednej płci) i organizacja działań sportowych (na przykład wydarzenia sportowe dla przedstawicieli jednej płci). Niemniej jednak, wszelkie ograniczenia powinny być właściwe i niezbędne zgodnie z kryteriami wynikającymi z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich".

[231] Por. Ch. Krois, *Directive 2004/113/EC on Sexual Equality in Access to Goods and Services: Progress or Impasse in European Sex Discrimination Law?*, „Columbia Journal of European Law" 2005, t. 12, nr 1, s. 338. Natomiast odnośnie do różnic między dyrektywą 2004/113 a niżej omówioną dyrektywą 2000/43 w stosunku do zakresu zastosowania i dopuszczalnych wyjątków od zasady równego traktowania por. szerzej M. Bell, *EU Anti-Racism Policy: the Leader of the Pack*, [w:] *Equality Law in an Enlarged European Union. Understanding the Article 13 Directives*, H. Meenan (red.), Cambridge 2007, s. 182.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

równego traktowania wszystkich osób bez dyskryminacji ze względu na płeć, jak również nakazuje ustanowienie sankcji obowiązujących wobec naruszeń zasady równego traktowania, wskazując, że mają być one skuteczne, proporcjonalne i odstraszające.

Ostatnim z istotnych aktów prawnych odnoszących się do zakazu dyskryminacji ze względu na płeć jest dyrektywa 2006/54 z 5 lipca 2006 roku w sprawie wprowadzenia w życie zasady równości szans oraz równego traktowania kobiet i mężczyzn w dziedzinie zatrudnienia i pracy (wersja przeredagowana)[232]. Celem jej przyjęcia było uproszczenie i polepszenie regulacji unijnych dotyczących wskazanych w jej tytule zagadnień. Założenie to osiągnięto poprzez umieszczenie przepisów różnych dyrektyw dotyczących tych kwestii w jednym akcie prawnym[233] oraz wprowadzenie „niektórych rozwiązań wywodzących się z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości"[234]. W rezultacie omawiany akt prawny ma szeroki zakres zastosowania, bowiem zawiera przepisy dotyczące wprowadzenia w życie zasady równego traktowania w odniesieniu do:

a) dostępu do zatrudnienia, w tym do awansu zawodowego i szkolenia zawodowego;
b) warunków pracy, w tym wynagrodzenia;
c) systemów zabezpieczenia społecznego pracowników (art. 1).

Kolejne regulacje dyrektywy zawierają uszczegółowienie tego ogólnego postanowienia[235]. Spośród wyłączeń obowiązujących w sfe-

[232] Dz. Urz. L 204 z 26.07.2006, s. 23–36.

[233] Por. L. Mitrus, *Rozwój prawa wspólnotowego w dziedzinie równego traktowania kobiet i mężczyzn w zatrudnieniu*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne" 2007, nr 1, s. 2. Należy bowiem zauważyć, że z dniem 15 sierpnia 2009 r. uchylone zostały następujące dyrektywy: 75/11, 76/207, 86/378 i 97/80.

[234] Ustęp 1 preambuły dyrektywy.

[235] I tak, w odniesieniu do zakazu dyskryminacji w sferze wynagrodzenia przewiduje się, że: „bezpośrednia lub pośrednia dyskryminacja ze względu na płeć w odniesieniu do wszelkich aspektów i warunków wynagrodzenia za taką samą pracę lub pracę o jednakowej wartości musi zostać wyeliminowana" (art. 4); w odniesieniu do równego traktowania w zakresie systemów zabezpieczenia społecznego, że „bez uszczerbku dla art. 4, w systemach zabezpieczenia społecznego pracowników nie może występować jakakolwiek bezpośrednia lub pośrednia dyskryminacja ze względu na płeć, w szczególności w stosunku do: a) zakresu zastosowania takich systemów i warun-

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

rze zatrudnienia utrzymano jedynie to, które odnosi się do tzw. prawdziwego i determinującego wymogu zawodowego (art. 14 ust. 2). Natomiast ochrona kobiet w związku z ciążą i macierzyństwem została ujęta w odrębnych przepisach (art. 15 przewiduje regulację dotyczącą powrotu kobiety do pracy po urlopie macierzyńskim, zaś art. 2 ust. 2 uznaje za dyskryminację „wszelkie mniej korzystne traktowanie kobiety związane z ciążą lub urlopem macierzyńskim w rozumieniu dyrektywy 92/85/EWG"). Osobno uregulowano również tzw. działania pozytywne – zgodnie z art. 3 w celu zapewnienia w praktyce pełnej równości kobiet i mężczyzn w życiu zawodowym państwa członkowskie mogą utrzymywać lub przyjmować środki w rozumieniu art. 141 ust. 4 TWE (obecnie art. 157 ust. 4 TFUE). Nie są one zatem ujmowane w kategoriach wyjątków od zakazu dyskryminacji, ale środków zmierzających do zapewnienia równości materialnej kobiet i mężczyzn. Dyrektywa 2006/54 zawiera również definicje podstawowych form dyskryminacji, takich jak dyskryminacja bezpośrednia, pośrednia, molestowanie oraz molestowanie seksualne. W tym względzie powtórzone zostają regulacje wprowadzone przez dyrektywę 2002/73. Po-

ków przystępowania do nich; b) obowiązku opłacania i obliczania wysokości składek; c) obliczania wysokości świadczeń, w tym świadczeń dodatkowych należnych małżonkowi lub osobie będącej na utrzymaniu, oraz warunków dotyczących okresu wypłaty świadczeń i zachowania prawa do nich" (art. 5), natomiast w odniesieniu do dostępu do zatrudnienia, szkolenia zawodowego i awansu zawodowego oraz warunków pracy, iż „zakazuje się wszelkiej bezpośredniej i pośredniej dyskryminacji ze względu na płeć w sektorze prywatnym i publicznym, w tym w instytucjach publicznych, w odniesieniu do: a) warunków dostępu do zatrudnienia, do prowadzenia działalności na własny rachunek oraz wykonywania zawodu, w tym kryteriów selekcji i warunków rekrutacji, niezależnie od rodzaju działalności i na wszystkich szczeblach hierarchii zawodowej, włącznie z awansem zawodowym; b) dostępu do wszystkich rodzajów i szczebli doradztwa zawodowego, szkolenia zawodowego, doskonalenia i przekwalifikowywania pracowników, w tym praktycznego doświadczenia zawodowego; c) warunków zatrudnienia i pracy, w tym zwolnień, a także wynagrodzenia, jak przewidziano w art. 141 Traktatu; d) członkostwa i uczestniczenia w organizacji pracowników lub pracodawców bądź w jakiejkolwiek organizacji, której członkowie wykonują określony zawód, łącznie z korzyściami, jakie dają tego typu organizacje" (art. 14). Należy też zauważyć, że dyrektywa w szczegółowy sposób określa, do jakich systemów zabezpieczenia społecznego odnoszą się jej postanowienia oraz te, które są wyłączone z jej zakresu przedmiotowego (por. art. 7 i 8).

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

zostałe jej postanowienia odnoszą się natomiast do takich zagadnień, jak: dochodzenie roszczeń i odszkodowań, ciężar dowodu (w tym zakresie generalnie zostają przejęte regulacje zawarte w dyrektywie 97/80, nie stosuje się ich jednak do postępowań w sprawach karnych, chyba że państwa członkowskie postanowią inaczej), ochrona przed tzw. działaniami odwetowymi ze strony pracodawcy. Ponadto na państwa członkowskie nakłada się obowiązek promowania równego traktowania, w tym przez powołanie stosownych organów, wspieranie dialogu społecznego i zachęcanie do dialogu ze stosownymi organizacjami pozarządowymi[236]. Mają również zapewnić zgodność wszelkich przepisów krajowych z zasadą równego traktowania, w tym zawartych w indywidualnych lub zbiorowych umowach lub porozumieniach, regulaminach przedsiębiorstw lub zasadach dotyczących wolnych zawodów oraz organizacji pracowników i pracodawców, a także ustanowić sankcje za naruszenia przepisów krajowych implementujących dyrektywę (muszą być one skuteczne, proporcjonalne i odstraszające) Warto też podkreślić, że dyrektywa ma charakter minimalny, a zatem państwa członkowskie mogą wprowadzać lub utrzymywać przepisy bardziej korzystne dla zapewnienia ochrony zasady równego traktowania od przepisów w niej ustanowionych. Zastrzega się natomiast, że „przy formułowaniu i wprowadzaniu w życie przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych, polityk i działań w dziedzinach określonych w niniejszej dyrektywie państwa członkowskie aktywnie uwzględniają cel, jakim jest równość kobiet i mężczyzn" (art. 29)[237]. Jest to wyraz strategii *mainstreaming*, która

[236] Por. szerzej A Kolasiński, *Zakaz dyskryminacji w prawie wspólnotowym*, [w:] *Stosunki pracy w administracji publicznej*, A. Kolasiński, M. Kolasiński, J. Piątkowski (red.), Toruń 2008, s. 254–255 oraz L. Florek, M. Seweryński, *Europejskie prawo pracy*, Warszawa 2010, s. 82.

[237] Należy odnotować, że podobne zobowiązanie zostało przewidziane również w art. 12 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/41 z 7 lipca 2010 r. w sprawie stosowania zasady równego traktowania kobiet i mężczyzn prowadzących działalność na własny rachunek oraz uchylającej dyrektywę Rady 86/613/EWG, Dz. Urz. L 180 z 15.07.2010 r., s. 1–6. Z uwagi na rozmiary opracowania akt ten nie będzie szerzej omawiany. Warto jednak zauważyć, że wprowadza on do sfery samozatrudnienia regulacje zbliżone do tych, jakie przewiduje dyrektywa 2006/54,

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

w prawie pierwotnym została uregulowana już w Traktacie Amsterdamskim z 1997 roku.

Od wejścia w życie tego Traktatu pojawiła się możliwość rozwijania zakazu dyskryminacji na podstawie innych kryteriów, wymienionych w art. 13 TWE. Komisja Europejska stosunkowo szybko przedstawiła projekty dwóch aktów prawnych, z **których jeden odnosił się do rasy i pochodzenia etnicznego, a drugi do religii i światopoglądu, niepełnosprawności, wieku oraz orientacji seksualnej**. W rezultacie zostały przyjęte: dyrektywa 2000/43 z 29 czerwca 2000 roku wprowadzająca w życie zasadę równego traktowania osób bez względu na pochodzenie rasowe lub etniczne[238] oraz dyrektywa 2000/78 z 27 listopada 2000 roku ustanawiająca ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy[239]. Takie oddzielne uregulowanie zakazu dyskryminacji ze względu na wskazane w art. 13 TWE (obecnie art. 19 TFUE) kryteria może jednak rodzić pewne problemy praktyczne, zwłaszcza w związku z nieuwzględnieniem w dyrektywie 2000/43 religii jako elementu powiązanego z pochodzeniem rasowym i etnicznym[240]. Jest ona wprawdzie uregulowana w dy-

zwłaszcza zaś definicje różnych form dyskryminacji, możliwość podejmowania działań pozytywnych przez państwa członkowskie, postanowienia dotyczące dochodzenia roszczeń i odszkodowań itd.

[238] Dz. Urz. L 180 z 19.07.2000, s. 22–26.

[239] Dz. Urz. L 303 z 2.12.2000, s. 16–22.

[240] W doktrynie krytykowano przyjęcie osobnych regulacji dotyczących tych powiązanych ze sobą kryteriów. Por. np. S. Fredman, *Equality: A New Generation?…*, s. 158, E. Howard, *Anti Race Discrimination Measures in Europe: An Attack on Two Fronts*, „European Law Journal" 2005, t. 11, nr 4, s. 475, czy też E. Guild, *The EC Directive on Race Discrimination: Surprises, Possibilities and Limitations*, „Industrial Law Journal" 2000, t. 29, nr 4, s. 418. Ponadto należy zauważyć, że z zakresu zastosowania dyrektywy 2000/43 wyłączono również kwestie związane z przynależnością państwową, bowiem art. 3 ust. 1 wyraźnie zastrzega, że: „niniejsza dyrektywa nie obejmuje różnego traktowania ze względu na obywatelstwo i pozostaje ona bez uszczerbku dla przepisów i warunków dotyczących wjazdu i pobytu obywateli państw trzecich oraz bezpaństwowców na terytorium państw członkowskich i wszelkiego traktowania związanego ze statusem prawnym danych obywateli państw trzecich i bezpaństwowców", co również było przedmiotem krytyki. Wskazywano bowiem, że dyskryminacja ze względu na przynależność państwową w odniesieniu do obywateli państw trzecich często stanowi również pośrednią dyskryminację związaną z pochodzeniem rasowym. Dlatego

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

rektywie 2000/78, ale między tymi aktami prawnymi występują pewne różnice, choćby w odniesieniu do zakresu ich zastosowania.

I tak, pierwsza z nich przewiduje szeroki zakres ochrony przed dyskryminacją ze względu na pochodzenie rasowe i etniczne, bowiem poza sferą zatrudnienia[241] obejmuje również ochronę społeczną, łącznie z zabezpieczeniem społecznym i opieką zdrowotną, świadczenia socjalne, edukację, dostęp do dóbr i usług oraz dostarczanie dóbr i usług publicznie dostępnych, włącznie z zakwaterowaniem. Warto zatem zauważyć, że nawet po przyjęciu dyrektywy 2004/113 zakres zastosowania zakazu dyskryminacji na podstawie płci jest nieco węższy, bowiem nie obejmuje takich kwestii, jak edukacja, media i reklama[242]. Natomiast dyrektywa 2000/78 ma najwęższy zakres, bowiem odnosi się jedynie do sfery zatrudnienia, warunków pracy, w tym wynagrodzenia i zwalania, szkolenia zawodowego oraz uczestnictwa i działalności w organizacjach pracowniczych (art. 3 ust. 1). To dość restryktywne podejście zostaje potwierdzone w kolejnych ustępach art. 3, gdzie naj-

---

też ten wyjątek trzeba wąsko interpretować. Por. szerzej M. Bell, *Anti-Discrimination Law and…*, s. 77 oraz U. Connolly, *The Race Directive and the Framework Directive: An Analysis of Their Effect on Irish Employment – Part II*, „Irish Law Times" 2001, t. 19, nr 14, s. 220, która zauważa, że regulacja ta jest przejawem uwzględnienia prawa państw członkowskich do kontrolowania imigracji, nawet jeśli ich polityka w tym względzie stanowi dyskryminację rasową.

[241] W tym zakresie mamy do czynienia z ujęciem zbliżonym do tego, jakie występuje obecnie w dyrektywie 2006/54, a zatem chodzi o:

a) warunki dostępu do zatrudnienia, do prowadzenia działalności na własny rachunek oraz uprawiania zawodu, włączając również kryteria selekcji i warunków rekrutacji, niezależnie od rodzaju działalności i na wszystkich szczeblach hierarchii zawodowej, również w odniesieniu do awansu zawodowego;
b) dostęp do wszystkich rodzajów i szczebli poradnictwa zawodowego, szkolenia zawodowego, doskonalenia i przekwalifikowania pracowników, łącznie ze zdobywaniem praktycznych doświadczeń;
c) warunki zatrudnienia i pracy, łącznie z warunkami zwalniania i wynagradzania;
d) wstępowanie i działanie w organizacjach pracowników lub pracodawców lub jakiejkolwiek organizacji, której członkowie wykonują określony zawód, łącznie z korzyściami, jakie dają takie organizacje (art. 3).

[242] Por. M. Weiss, *European Labour Law in Transition from 1985 to 2010*, „The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations" 2010, t. 26, nr 1, s. 7.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

pierw zastrzega się[243], że dyskryminacja ze względu na przynależność państwową nie jest objęta przepisami dyrektywy, i że nie narusza ona przepisów oraz warunków odnoszących się do wjazdu i pobytu obywateli państw trzecich oraz bezpaństwowców na terytorium państw członkowskich, a następnie wskazuje się jeszcze, że nie stosuje się jej do wszelkiego rodzaju płatności dokonanych z systemów publicznych lub podobnych, włączając w to systemy zabezpieczenia społecznego i ochrony socjalnej[244]. Dlatego też trwają prace legislacyjne nad aktem prawnym rozszerzającym zakaz dyskryminacji ze względu na religię lub światopogląd, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną na sferę ochrony społecznej, przywilejów socjalnych, edukacji oraz dostępu do dóbr i usług, w tym ich dostarczania, co ma zapewnić taki sam zakres ochrony, jak w przypadku dyskryminacji na podstawie rasy i pochodzenia etnicznego[245].

Dyrektywy 2000/43 i 2000/78 definiują równe traktowanie jako brak jakichkolwiek form bezpośredniej lub pośredniej dyskryminacji. Przewidują przy tym zbliżone definicje dyskryminacji bezpośredniej i pośredniej oraz molestowania (występuje jednak pewna różnica w kontekście uzasadnienia dyskryminacji pośredniej, gdyż dyrektywa 2000/78 nie tylko odnosi się do zgodnego z prawem celu, ale również zawiera szczególną regulację odnoszącą się do osób niepełnosprawnych, por. art. 2 ust. 2 pkt b (ii) dyrektywy). Podobnie ujęta została też kwestia działań pozytywnych – dla zapewnienia pełnej równości w praktyce państwa członkowskie mogą utrzymywać lub przyjmować szczególne środki mające zapobiegać lub wyrównywać niedogodności związane z pochodzeniem rasowym lub etnicznym, religią lub przekonaniami, niepełnosprawnością, wiekiem lub orientacją seksualną. Należy zatem odnotować, że nie nakłada się na kraje członkowskie

---

[243] Analogicznie do regulacji art. 3 ust. 1 dyrektywy 2000/43.

[244] Por. art. 3 ust. 2 i 3 dyrektywy 2000/78 oraz P. Skidmore, *EC Framework Directive on Equal Treatment in Employment: Towards a Comprehensive Community Anti-Discrimination Policy?*, „Industrial Law Journal" 2001, t. 30, nr 3, s. 127.

[245] Por. projekt dyrektywy Rady w sprawie wprowadzenia w życie zasady równego traktowania osób bez względu na religię lub światopogląd, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną, COM (2008) 426.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

obowiązku podejmowania takich działań, ale pozostawia się to w ich gestii[246]. W dyrektywie 2000/78 zawarto dodatkową regulację dotyczącą działań służących integracji osób niepełnosprawnych w środowisku pracy (art. 7 ust. 2). Ma ona dotyczyć trzech zasadniczych wymiarów: nawiązywania, utrzymywania i rozwiązywania stosunku pracy oraz ochrony zdrowia i bezpieczeństwa w miejscu pracy[247]. Koresponduje to z przepisem art. 5 tego aktu prawnego, który dotyczy tzw. racjonalnych usprawnień dla osób niepełnosprawnych, wprowadzanych przez pracodawców dla umożliwienia im dostępu do pracy i jej wykonywania. O tym postanowieniu będzie szerzej mowa w następnym podrozdziale odnoszącym się do poszczególnych kryteriów dyskryminacji. Warto jednak odnotować, że w doktrynie krytykuje się wąski zakres podmiotowy tego postanowienia, wskazując, iż obowiązek pracodawców w tym zakresie powinien odnosić się nie tylko do osób niepełnosprawnych, ale również np. członków wspólnot religijnych lub mniejszości narodowych[248].

Zarówno dyrektywa 2000/43, jak i 2000/78 przewidują pewne wyjątki od zasady równego traktowania, a zatem wskazują na sytuacje, które nie mogą być uznane za dyskryminację przy spełnieniu pewnych warunków. Wspólnym wyjątkiem ogólnym, występującym obecnie również w dyrektywie 2006/54, jest przewidziany w art. 4 tzw. istotny i determinujący wymóg zawodowy („państwa członkowskie mogą uznać, że odmienne traktowanie ze względu na cechy związane z jednym z kryteriów nie stanowi dyskryminacji w przypadku, gdy ze względu na rodzaj działalności zawodowej lub warunki jej wykonywania, dane cechy są istotnym i determinującym wymogiem zawo-

[246] Te postanowienia obu dyrektyw wskazują, że opierają się one przede wszystkim na formalnej koncepcji równości. Odnośnie do dyrektywy 2000/43 por. szerzej w tym względzie M. Bell, *Racism and Anti-Discrimination*..., s. 71.

[247] A. Bulandra, K. Roussek, M. Pamuła (red.), *Implementacja prawa UE w Polsce. Dyrektywa Rady 2000/78/WE z dnia 27 listopada 2000 roku ustanawiająca ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy – komentarz*, Kraków 2005, s. 47. Warto jednak zauważyć, że podobnie jak pozostałe działania pozytywne, integracja osób niepełnosprawnych nie jest ujęta jako zobowiązanie państw członkowskich.

[248] P. Skidmore, op. cit., s. 129.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

dowym, pod warunkiem że cel jest zgodny z prawem, a wymóg jest proporcjonalny"). Jest to zatem bardziej precyzyjne ujęcie, niż to, które występowało początkowo w aktach prawa wtórnego zakazujących dyskryminacji ze względu na płeć (chodzi zwłaszcza o postanowienia dyrektywy 76/207, która została odpowiednio zmieniona w tym zakresie przez dyrektywę 2002/73). W rezultacie należy zgodzić się z poglądem, że wyjątek ten został w istocie zawężony, a państwa członkowskie nie będą mogły wyłączyć całych dziedzin działalności zawodowej z zakresu zastosowania przepisów antydyskryminacyjnych[249].

Należy jednak zauważyć, że dyrektywa 2000/78 przewiduje dalsze jeszcze wyjątki, z których najdalej idące skutki prawne może wywołać regulacja zawarta w art. 2 ust. 5 ze względu na jej ogólny charakter. Przewidziano tam bowiem możliwość stosowania środków przewidzianych przepisami krajowymi, które w społeczeństwie demokratycznym są niezbędne dla zapewnienia bezpieczeństwa publicznego, utrzymania porządku i zapobiegania działaniom podlegającym sankcjom karnym, ochrony zdrowia oraz ochrony praw i wolności innych osób. Pojawia się zatem pytanie, czy rzeczywiście społeczeństwo demokratyczne może wymagać podejmowania dyskryminujących środków, nawet gdyby były one uzasadnione wskazanymi w tym przepisie ogólnymi względami[250]. Dlatego też w doktrynie kwestionuje się potrzebę wprowadzenia tego ogólnego wyjątku, zwłaszcza że nie występuje on w aktach prawnych zakazujących dyskryminacji ze względu na płeć oraz pochodzenie rasowe lub etniczne[251]. Ponadto art. 4 ust. 2 dyrektywy 2000/78 przewiduje możliwość utrzymania lub przyjęcia przez państwa członkowskie „przepisów, na mocy których w przypadku działalności zawodowej kościołów albo innych organizacji publicznych bądź prywatnych, których etyka opiera się na religii lub przeko-

---

[249] Tak słusznie D. Schiek, *A New Framework on Equal Treatment of Persons in EC Law?. Directives 2000/43/EC, 2000/78/EC and 2002/???/EC changing Directive 76/207/EC in context*, „European Law Journal" 2002, t. 8, nr 2, s. 298.

[250] Ibidem, s. 302.

[251] Por. szerzej. P. Skidmore, op. cit., s. 130 oraz M. Bell, L. Waddington, *More Equal Than Others: Distinguishing European Union Equality Directives*, „Common Market Law Review" 2001, t. 38, nr 3, s. 598.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

naniach, odmienne traktowanie ze względu na religię lub przekonania osoby nie stanowi dyskryminacji, w przypadku gdy ze względu na charakter tego rodzaju działalności lub kontekst, w którym jest prowadzona, religia lub przekonania stanowią podstawowy, zgodny z prawem i uzasadniony wymóg zawodowy, uwzględniający etykę organizacji". Jest to zatem wyjątek od zakazu dyskryminacji ze względu na religię lub przekonania i stąd zostanie szerzej omówiony w następnym podrozdziale odnoszącym się do poszczególnych kryteriów. Z kolei do wieku i niepełnosprawności odnosi się przepis art. 3 ust. 4 dyrektywy, który pozwala państwom członkowskim ustalić, że jej postanowienia, zakazujące dyskryminacji ze względu na te dwa kryteria, nie znajdują zastosowania wobec sił zbrojnych. Wreszcie omawiany akt prawny zawiera szczegółową regulację, dotyczącą dyskryminacji na podstawie wieku. Mianowicie, art. 6 ust. 1 dyrektywy 2000/78 przewiduje, że państwa członkowskie mogą uzasadnić odmienne traktowanie ze względu na wiek zgodnym z przepisami celem, w szczególności celami polityki zatrudnienia, rynku pracy i kształcenia zawodowego, przy czym środki mające służyć realizacji tego celu mają być właściwe i konieczne, czyli proporcjonalne. To postanowienie wywołało najwięcej wątpliwości interpretacyjnych i stąd stało się przedmiotem licznych orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości, które zostaną omówione w kolejnym podrozdziale.

Należy również zwrócić uwagę na te postanowienia dyrektywy 2000/43 i 2000/78, które odnoszą się do środków prawnych przysługujących osobom dotkniętym nierównym traktowaniem. Oba akty prawne zawierają regulacje dotyczące dochodzenia roszczeń i odszkodowań, ciężaru dowodu (w tym zakresie generalnie zostają przejęte regulacje zawarte w dyrektywie 97/80, nie znajdują one jednak zastosowania w przypadku postępowania w sprawach karnych) oraz ochrony przed tzw. działaniami odwetowymi ze strony pracodawcy. Państwa członkowskie są zobowiązane zapewnić, że stowarzyszenia, organizacje lub osoby prawne, które mają, zgodnie z kryteriami ustanowionymi w prawie krajowym, uzasadniony interes w zapewnieniu przestrzegania przepisów dyrektyw, mogą wszczynać, na rzecz skarżącego lub wspierając go, za jego zgodą, postępowanie sądowe i/lub

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

administracyjne przewidziane w celu zapewnienia przestrzegania obowiązków wynikających z dyrektyw (odpowiednio art. 7 ust. 2 dyrektywy 2000/43 oraz art. 9 ust. 2 dyrektywy 2000/78). Nakłada się na nie również obowiązek wspierania dialogu społecznego oraz zachęcania do prowadzenia dialogu ze stosownymi organizacjami pozarządowymi[252]. Wszystko to prowadzi do ustanowienia swoistych ram instytucjonalnych do walki z dyskryminacją, co stanowi wstępną gwarancję, że nie pozostawi się jej jedynie jednostkom, które doświadczają nierównego traktowania lub są nim zagrożone[253]. Istotne znaczenie w tym zakresie ma zwłaszcza obowiązek ustanowienia organów mających wspierać równe traktowanie wszystkich osób bez dyskryminacji ze względu na pochodzenie rasowe lub etniczne przewidziany w dyrektywie 2000/43. Niestety, dyrektywa 2000/78 nie zawiera podobnej regulacji, co może powodować, że stosowne organy nie będą wspierały walki z dyskryminacją ze względu na przewidziane w niej kryteria. Natomiast podobnie ujęto zobowiązanie państw członkowskich w zakresie zapewnienia zgodności wszelkich przepisów krajowych z zasadą równego traktowania (w tym również zawartych w umowach lub układach zbiorowych, regulaminach przedsiębiorstw i różnego rodzaju statutach) oraz ustanowienia sankcji za naruszenia przepisów krajowych implementujących dyrektywy (muszą być one skuteczne, proporcjonalne i odstraszające). Warto też podkreślić, że oba omawiane akty prawne mają minimalny charakter, a zatem państwa członkowskie mogą wprowadzać lub utrzymywać przepisy bardziej korzystne dla zapewnienia ochrony zasady równego traktowania. Nie znajdziemy natomiast postanowienia analogicznego do tego, jakie zawarto w art. 29 dyrektywy 2006/54, czyli nakazującego uwzględniać równość osób należących do różnych grup przy formułowaniu i wprowadzaniu w życie przepisów, polityk i działań w dziedzinach określonych w dyrektywach. Oznacza to, że strategia *mainstreaming* w ramach środków krajowych zostaje zastrzeżona jedynie dla kryterium płci.

---

[252] Odnośnie do znaczenia tych postanowień dyrektywy por. szerzej M. Bell, *Beyond European Labour Law? Reflections on the EU Racial Equality Directive*, „European Law Journal" 2002, t. 8, nr 3, s. 393–398.

[253] M. Weiss, op. cit., s. 9.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

***

Ogólnie należy zatem zauważyć, że w prawie wtórnym Unii Europejskiej nie mamy do czynienia z takim samym zakresem zakazu dyskryminacji ze względu na poszczególne kryteria. Możemy zatem mówić o ich swoistej hierarchizacji. Z punktu widzenia zakresu przedmiotowego najszerszą ochronę przyznaje się kryterium przynależności państwowej, ponieważ zakaz dyskryminacji na tej podstawie znajduje zastosowanie „w dziedzinach objętych Traktatem". Stosunkowo wąsko ujęte są także wyjątki od tego zakazu, bowiem ograniczają się one do klauzul derogacyjnych przewidzianych w TFUE[254]. Równie szeroko ujęty jest zakaz dyskryminacji ze względu na pochodzenie rasowe i etniczne – nie ogranicza się on do sfery zatrudnienia, ale obejmuje również ochronę społeczną, łącznie z zabezpieczeniem społecznym i opieką zdrowotną, świadczenia socjalne, edukację, dostęp do dóbr i usług oraz dostarczanie dóbr i usług publicznie dostępnych, włącznie z zakwaterowaniem. Wyjątki od tego zakazu obejmują przede wszystkim tzw. istotny i determinujący wymóg zawodowy.

Jeśli chodzi o zakaz dyskryminacji ze względu na płeć, to mimo przyjmowania kolejnych aktów prawa wtórnego nie mamy do czynienia z tak szerokim zakresem jego zastosowania – nie odnosi się on bowiem m.in. do sfery edukacji, mediów i reklamy. Tymczasem w postanowieniach Karty Praw Podstawowych przewiduje się, że „należy zapewnić równość kobiet i mężczyzn we wszystkich dziedzinach, w tym w zakresie zatrudnienia, pracy i wynagrodzenia" (art. 23). Jak się wydaje, należałoby zatem dokonać stosownych zmian w prawie wtórnym, które rozszerzą sferę zastosowania zakazu dyskryminacji ze względu na płeć. Kryteria uregulowane w dyrektywie 2000/78 korzystają z jeszcze węższego zakresu ochrony nie tylko w związku z ograniczeniem jej postanowień do kwestii związanych z zatrudnieniem, ale również dlatego, że przewiduje ona wiele wyjątków od zakazu dyskryminacji. Poza wspólnymi dla wszystkich kryteriów wyłączenia-

[254] Wyjątki, jakie rozwinął Trybunał w swoim orzecznictwie, odnoszą się bowiem jedynie do środków pośrednio dyskryminujących lub stosowanych bez zróżnicowania. Będzie o tym szerzej mowa w kolejnych rozdziałach pracy.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

mi w przepisach dyrektywy odnajdziemy też takie, które odnoszą się jedynie do niektórych z nich, np. religii lub przekonań, wieku i niepełnosprawności czy samego wieku. W rezultacie występuje tu wewnętrzna hierarchia, w ramach której zakaz dyskryminacji ze względu na wiek ma najwęższy zakres[255]. Zróżnicowane traktowanie kryteriów może być do pewnego stopnia uzasadnione ich specyfiką[256], nie wydaje się jednak, że powinno prowadzić do niższego poziomu ochrony przed dyskryminacją. W każdym razie takie podejście unijnego prawodawcy wymaga bliższej analizy poszczególnych podstaw zakazanej dyskryminacji.

4. Kryteria dyskryminacji

4.1. Przynależność państwowa (obywatelstwo)

Zakaz dyskryminacji ze względu na przynależność państwową od początku był przewidziany w prawie wspólnotowym, bowiem wspiera on swobodę przepływu towarów, osób, usług i kapitału, a zatem służy tworzeniu i prawidłowemu funkcjonowaniu wspólnego rynku. W rezultacie w przypadku tego kryterium mamy do czynienia ze specyficznym podejściem, bowiem odnosi się ono jedynie do obywateli państw członkowskich, ale już nie państw trzecich. Potwierdza to także orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości odnoszące się do zakazu dyskryminacji ze względu na przynależność państwową, które jest bardzo bogate. Część rozstrzygnięć została już przedstawiona w podrozdziale dotyczącym art. 18 TFUE. W tym miejscy należy za-

[255] Por. M. Bell, L. Waddington, *More Equal Than Others*…, s. 610. Autorzy ci wskazują zarazem, że takie ostrożne podejście może wiązać się z tym, iż w czasie przyjmowania dyrektywy 2000/78 wiele państw członkowskich nie posiadało regulacji odnoszących się do zakazu dyskryminacji ze względu na wiek – por. szerzej M. Bell, L. Waddington, *Reflecting on Inequalities*..., s. 366.

[256] Por. M. Bell, *Equality and Diveristy: Anti-discrimination Law after Amsterdam*, [w:] *Social Law and Policy in an Evolving European Union*, J. Shaw (red.), Oxford 2000, s. 165.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

tem przypomnieć, że Trybunał przyjął szeroką interpretację zakazu dyskryminacji ze względu na przynależność państwową. Na przykład, w wyroku z 13 lutego 1985 r. w sprawie Françoise Gravier v. City of Liège[257] stwierdził, że chociaż polityka edukacyjna oraz organizacja systemów nauczania nie należą do kompetencji Wspólnoty, to jednak sprawy związane ze szkoleniem zawodowym stanowią nieodłączny element jej działań, a tym samym warunki dostępu do takiego szkolenia mieszczą się w zakresie zastosowania Traktatów. Stąd też uznał, że nakładanie na studentów, którzy są obywatelami innego państwa członkowskiego, jakichkolwiek opłat, od uiszczenia których uzależniony jest dostęp do szkolenia zawodowego, podczas gdy podobne opłaty nie są nakładane na studentów będących obywatelami państwa przyjmującego, stanowi dyskryminację ze względu na przynależność państwową. Tym samym Trybunał rozszerzył zakres zastosowania tego zakazu na studentów, korzystających z usług edukacyjnych w innych państwach członkowskich.

Z kolei w wyroku z 2 lutego 1989 roku w sprawie Ian William Cowan v. Trésor public[258] uczynił to w stosunku do turystów, jako osób będących odbiorcami usług świadczonych w innym państwie członkowskim. Wskazał tam, że:

> zakaz dyskryminacji przewidziany w art. 7 TWEG należy interpretować w ten sposób, że jeśli mamy do czynienia z osobami, których swoboda podróżowania do danego państwa członkowskiego, w szczególności jako odbiorcy usługi, jest zagwarantowana przez prawo wspólnotowe, to państwo nie może uzależniać wypłaty odszkodowania za szkody wyrządzone na jego terytorium ofierze napadu, którego skutkiem była szkoda fizyczna, od tego, że ma ona pozwolenie pobytu bądź jest obywatelem kraju, który ma zawartą stosowną umowę z tym państwem członkowskim[259].

[257] Sprawa 293/83, ECR 1985, s. 593.
[258] Sprawa 186/87, ECR 1989, s. 195.
[259] Ibidem, pkt 20.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

Wskutek takiej interpretacji dokonywanej przez Trybunał zakaz dyskryminacji ze względu przynależność państwową ulegał rozszerzeniu pod względem podmiotowym. Już nie tylko pracownicy, osoby prowadzące działalność gospodarczą czy świadczące usługi korzystały z prawa do traktowania na równi z obywatelami przyjmującego państwa członkowskiego, ale również osoby przemieszczające się po terytorium Wspólnoty/Unii Europejskiej mogły się na nie powołać z tego względu, że były odbiorcami tych usług[260].

Po wprowadzeniu instytucji obywatelstwa europejskiego w Traktacie z Maastricht Trybunał dalej doprecyzował zakres podmiotowy zakazu dyskryminacji ze względu na przynależność państwową. W wyroku z 12 maja 1998 r. w sprawie María Martínez Sala v. Freistaat Bayern[261] wskazał, że obywatel państwa członkowskiego, który legalnie zamieszkuje na terytorium innego państwa członkowskiego, mieści się w zakresie podmiotowym postanowień traktatowych dotyczących obywatelstwa europejskiego. W rezultacie może powoływać się na uprawnienia z nim związane, włączając w to prawo do niebycia dyskryminowanym ze względu na przynależność państwową w obszarze zastosowania Traktatów[262]. Tym samym zakaz dyskryminacji został rozszerzony na wszystkich obywateli Unii Europejskiej, którzy legalnie przebywają na terytorium innego państwa członkowskiego[263]. W rezultacie w toku ewolucji Wspólnoty i prawa tworzonego w jej ramach, do czego w dużej mierze przyczynił się Trybunał Sprawiedliwości poprzez swoje orzecznictwo, doszło do ukształtowania się prawa do niedyskryminacyjnego traktowania przysługującego każdemu obywatelowi Unii Europejskiej, legalnie przebywającemu na terenie innego państwa członkowskiego, nawet jeśli nie korzysta on z jednej ze swobód traktatowych[264]. Zakres zakazu dyskryminacji ze względu na

---

[260] J. Maliszewska-Nienartowicz, *Rola zasady równości w prawie Wspólnoty/Unii Europejskiej...*, s. 77.

[261] C-85/96, ECR 1998, s. I–2691.

[262] Ibidem, pkt 62.

[263] Słusznie zwraca na to uwagę G. More, op. cit., s. 540.

[264] W doktrynie zauważa się, że ochrona przed dyskryminacją ze względu na przynależność państwową jest centralnym elementem obywatelstwa Unii Europejskiej.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

przynależność państwową ogranicza się wprawdzie do obszaru zastosowania przepisów traktatowych, jednakże jest on systematycznie rozszerzany. Ponadto Trybunał Sprawiedliwości stosuje dość korzystną interpretację pojęcia „zakres zastosowania Traktatów" (patrz pkt 3.3. rozdziału).

Warto również zwrócić uwagę na orzeczenia dotyczące obywatelstwa UE wydane w 2011 roku, bowiem miały one przełomowy charakter dla dalszego rozwoju związanych z nim praw, a zarazem wywołały wiele kontrowersji. W wyroku z 8 marca 2011 roku w sprawie Gerardo Ruiz Zambrano v. Office national de l'emploi[265] Trybunał uznał za sprzeczną z art. 20 TFUE, określającym prawa i obowiązki obywateli UE, odmowę zezwolenia na pobyt obywatela państwa trzeciego, sprawującego opiekę nad swoimi małymi dziećmi – obywatelami Unii, w państwie członkowskim zamieszkania tych dzieci, którego są one obywatelami. Podobnie sprzeczna z tym postanowieniem traktatowym jest odmowa przyznania takiemu obywatelowi państwa trzeciego zezwolenia na pracę, ponieważ takie decyzje faktycznie pozbawiałyby małoletnie dzieci możności korzystania z „istoty praw związanych ze statusem obywatela Unii". Taka interpretacja odnosi się nawet do sytuacji, w której dziecko nigdy nie skorzystało z prawa do swobodnego przepływu na terytorium państw członkowskich, a zatem postrzeganej dotąd jako czysto wewnętrznej. Stąd też rozstrzygnięcie to wywołało wiele komentarzy w doktrynie. W rezultacie w kolejnych Trybunał zawęził zakres orzeczenia w sprawie *Zambrano* do sytuacji, w której obywatel byłby zmuszony do opuszczenia terytorium Unii.

W wyroku z 5 maja 2011 roku w sprawie Shirley McCarthy v. Secretary of State for the Home Department[266] Trybunał uznał zatem, że samo nieuwzględnienie przez władze Zjednoczonego Królestwa irlandzkiej przynależności państwowej powódki w żaden sposób nie wpływa na jej prawo do swobodnego przemieszczania się i pobytu na terytorium państw członkowskich ani zresztą na jakiekolwiek inne prawo

Por. R. Ca White, *Free Movement, Equal Treatment and Citizenship of the Union*, „International and Comparative Law Quarterly" 2005, t. 54, nr 4, s. 885.

[265] C-34/09, niepubl., dostępny na stronie curia.europa.eu.

[266] C-434/09, niepubl., dostępny na stronie curia.europa.eu.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

przysługujące jej z uwagi na posiadany status obywatela Unii. Sporny środek krajowy nie skutkuje zatem pozbawieniem jej skutecznego korzystania z istoty praw związanych z jej statusem obywatela Unii. Trybunał rozróżnił zatem sytuację powódki od sytuacji dzieci Gerardo Zambrano ze względu na to, że środek ten nie zobowiązuje Shirley McCarthy do opuszczenia terytorium Unii. W rezultacie orzekł, że:

> art. 21 TFUE nie ma zastosowania do obywatela Unii, który nigdy nie skorzystał z przysługującego mu prawa do swobodnego przemieszczania się i zawsze przebywał w państwie członkowskim, którego przynależność państwową posiada, i który ponadto posiada przynależność państwową innego państwa członkowskiego, o ile sytuacja tego obywatela nie obejmuje stosowania środków państwa członkowskiego skutkujących pozbawieniem go skutecznego korzystania z istoty praw przyznanych w związku ze statusem obywatela Unii lub stanowiących dla niego przeszkodę w wykonywaniu prawa do swobodnego przemieszczania się i pobytu na terytorium państw członkowskich[267].

Z kolei w wyroku z 15 listopada 2011 roku w sprawie Murat Dereci i inni v. Bundesministerium für Inneres[268] uznał, że odmowa pobytu obywatela państwa trzeciego na terytorium danego państwa członkowskiego, gdy zamierza on:

> przebywać z członkiem swojej rodziny, który jest obywatelem Unii mieszkającym w tym państwie członkowskim, którego obywatelstwo posiada i który nigdy nie skorzystał ze swojego prawa do swobodnego przemieszczania się, nie jest sprzeczna z prawem UE, o ile taka odmowa nie pociąga za sobą dla tego obywatela Unii pozbawienia skutecznego korzystania z istoty praw przyznanych w związku ze statusem obywatela Unii, czego zbadanie należy do sądu krajowego[269].

---

[267] Ibidem, pkt 59.
[268] C-256/11, niepubl., dostępny na stronie curia.europa.eu.
[269] Ibidem, pkt 102.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

Widać zatem wyraźnie, że Trybunał podkreśla potrzebę zapewnienia obywatelom UE skutecznego korzystania z „istoty praw przyznanych w związku ze statusem obywatela". Pojęcie to nie zostało jednak zdefiniowane, co otwiera szerokie pole dla interpretacji. Nie powinna być ona jednak powierzona sądom krajowym, ale być dokonywana jednolicie przez Trybunał[270]. Pojawia się jednak pytanie, czy taka interpretacja przepisów traktatowych dotyczących obywatelstwa nie jest zbyt daleko idąca? Prowadzi ona bowiem do objęcia ochroną również obywateli państw trzecich, do których nie znajduje zastosowania zakaz dyskryminacji ze względu na przynależność państwową. Stąd też z jednej strony, przedstawiciele doktryny krytykują te ostatnio wydane rozstrzygnięcia Trybunału, zwłaszcza wyrok w sprawie *Zambrano*, zarzucając mu naruszenie zasady kompetencji przyznanych Unii. Z drugiej zaś, podnoszone są głosy, że w ten sposób Trybunał postawił w centrum zainteresowania nie rynek wewnętrzny, ale obywateli i przysługujące im prawa[271].

Na zakończenie uwag dotyczących przynależności państwowej należy podkreślić, że w kontekście tego kryterium stosunkowo często dochodzi do dyskryminacji pośredniej, bowiem środki stosowane przez podmioty publiczne i prywatne dość rzadko odnoszą się wprost

---

[270] W tym względzie w sprawie *Dereci* Trybunał wskazał, że: „kryterium dotyczące pozbawienia istoty praw przyznanych w związku ze statusem obywatela Unii odnosi się do sytuacji zdefiniowanych przez okoliczność, że obywatel Unii jest faktycznie zmuszony do opuszczenia nie tylko terytorium państwa członkowskiego, którego jest obywatelem, lecz również terytorium całej Unii" (pkt 66). Natomiast „sam fakt, że dla obywatela państwa członkowskiego mogłoby wydawać się pożądane – ze względów ekonomicznych lub w celu utrzymania jedności rodziny na terytorium Unii – aby członkowie jego rodziny, którzy nie posiadają obywatelstwa państwa członkowskiego mogli z nim przebywać na terytorium Unii, jest niewystarczający dla stwierdzenia, że obywatel Unii byłby zmuszony do opuszczenia terytorium Unii w razie nieprzyznania takiego prawa" (pkt 68). Można by z tego wnioskować, że obywatelowi państwa trzeciego będzie przysługiwało prawo pobytu w państwie członkowskim UE, przede wszystkim wówczas, gdy występuje ekonomiczna zależność obywatela UE od tej osoby.

[271] Por. np. D. Kochenov, *The Present and the Future of EU Citizenship: A Bird's-Eye View of the Legal Debate*, „Jean Monnet Paper (NYU Law School)" 2012, nr 2, s. 29–30.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

do obywatelstwa, ale raczej wskazują na takie wymogi, jak miejsce zamieszkania[272] czy znajomość określonego języka[273]. Bogate orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości dotyczące dyskryminacji pośredniej ze względu na przynależność państwową zostanie przedstawione w kolejnym rozdziale pracy.

4.2. Płeć

Płeć jest zespołem cech charakteryzujących osobników męskich i żeńskich zarówno pod względem psychofizycznym, jak i społecznym, z którymi wiąże się pewne stereotypy zachowań, jak choćby mniejszej dyspozycyjności z uwagi na opiekę nad dziećmi[274]. Jednocześnie pojęcia płci nie można ograniczać jedynie do biologii, bowiem prowadzi to do niekorzystnego traktowania transseksualistów. Tymczasem prawo musi nadążać za możliwościami medycyny oraz zmianami społecznymi, które mają wpływ na sposób rozumienia omawianego pojęcia[275]. Do takich wniosków doszedł także rzecznik generalny Tesauro w swojej opinii w sprawie P v. S i Cornwall County Council[276], wskazując, że brak znaczenia płci danej osoby w odniesieniu do przepisów regulujących stosunki w społeczeństwie stanowi uniwersalną i podstawową wartość, a jakiekolwiek inne rozwiązanie niż odniesienie zasady równego traktowania także do transseksualistów zabrzmiałoby jak moralne potępienie – potępienie, które nie podąża jednak za

---

[272] W doktrynie podkreśla się, że jest to najczęstszy przypadek zastosowania dyskryminacji pośredniej ze względu na przynależność państwową. Por. szerzej N. Bernard, *What Are The Purposes of EC Discrimination Law?*, [w:] *Discrimination Law. Concepts, Limitations and Justifications*, J. Dine, B. Watt (red.), London–New York, s. 96.

[273] Warto odnotować, że jeśli ta znajomość nie jest niezbędna ze względu na charakter oferowanego miejsca pracy, to możemy mieć do czynienia z dyskryminacją pośrednią ze względu na przynależność państwową.

[274] Por. A. Zwolińska, *Zakaz dyskryminacji w zatrudnieniu*, „Serwis Prawno-Pracowniczy" 2010, nr 15, s. 8–9.

[275] Por. szerzej A. Śledzińska, op. cit., s. 174–176.

[276] C-13/94, ECR 1996, s. I–2143.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

współczesnością[277]. Trybunał zgodził się z tym stanowiskiem i w swoim rozstrzygnięciu w tej sprawie wskazał, iż:

> prawo do niedyskryminacji ze względu na płeć jest podstawowym prawem człowieka, a zatem zakres dyrektywy 76/207 nie może być ograniczony tylko do dyskryminacji opartej na fakcie, że dana osoba jest tej lub innej płci, ale musi obejmować także dyskryminację wynikającą ze zmiany płci[278].

Oznacza to, że w prawie unijnym pojęcie płci jest rozumiane szeroko nie tylko jako rozróżnienie między kobietą i mężczyzną, zaś dyskryminacja ze względu na płeć obejmuje także zróżnicowanie sytuacji transseksualistów, którzy poddali się zabiegowi zmiany płci[279].

Zakaz dyskryminacji ze względu na płeć początkowo odnosił się jedynie do sfery wynagrodzenia, a więc był ujmowany w kategoriach ekonomicznych[280]. Trybunał Sprawiedliwości podchodził jednak szeroko do tego zakazu – nie tylko bowiem wskazywał, że regulacja art. 119 TEWG służy także celom społecznym[281], ale z czasem uznał, iż prawo do niedyskryminacji na podstawie płci ma rangę prawa pod-

---

[277] Por. pkt 24 opinii w sprawie C-13/94.

[278] Pkt 19 i 20 wyroku w sprawie C-13/94. Odnośnie do pozostałych wyroków odnoszących się do sytuacji prawnej osób po zmianie płci por. K. Osajda, *Orzecznictwo ETS dotyczące transseksualizmu*, „Europejski Przegląd Sądowy" 2009, nr 9, s. 36–40.

[279] Tak słusznie A. Zwolińska, op. cit., s. 9. Odnośnie do form dyskryminacji, jakim mogą być podane osoby transseksualne por. R. Wintemute, *Recognising New Kinds of Direct Sex Discrimination: Transsexualism, Sexual Orientation and Dress Codes*, „Modern Law Review" 1997, t. 60, nr 3, s. 339–340.

[280] Przypomnijmy, że art. 119 TEWG przewidywał, iż „każde państwo członkowskie zapewnia w pierwszym etapie wprowadzenie, a w okresie późniejszym stosowanie zasady równości wynagrodzeń dla pracowników płci męskiej i żeńskiej za taką samą pracę". Postanowienie to zostało wprowadzone do TEWG w wyniku zabiegów Francji, która obawiała się, że obowiązujące w tym kraju przepisy dotyczące równej płacy mogłyby utrudnić francuskim przedsiębiorcom konkurowanie z podmiotami z innych państw członkowskich. Por. szerzej G. More, op. cit., s. 540–541 i cyt. tam literaturę.

[281] Por. np. wyrok z 8 kwietnia 1976 roku w sprawie Gabrielle Defrenne v. Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena, 43/75, ECR 1976, s. 455, pkt 10.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

stawowego[282]. Niezwykle bogate orzecznictwo Trybunału oraz akty prawa wtórnego (większość z nich została omówiona w poprzednim podrozdziale) odnosiły się jednak tylko do sfery zatrudnienia. Dopiero wejście w życie Traktatu Amsterdamskiego stworzyło nowe możliwości dla walki z dyskryminacją ze względu na płeć w innych obszarach. Jak wyżej wskazano, szczególną rolę w tym kontekście odgrywa dyrektywa 2004/113, która wyłącza jednak z zakresu swego zastosowania, takie kwestie, jak edukacja, media czy reklama. Potwierdza to potrzebę dalszego rozszerzenia zakazu dyskryminacji ze względu na płeć, do czego może przyczyniać się także Trybunał Sprawiedliwości, orzekając na podstawie postanowień Karty Praw Podstawowych.

Podobnie jak w przypadku przynależności państwowej, podmioty publiczne i prywatne dużo częściej niż do kryterium płci odnoszą się do innych aspektów, np. w zróżnicowany sposób traktują osoby zatrudnione w pełnym lub niepełnym wymiarze czasu pracy, co może jednak prowadzić do dyskryminacji pośredniej, zwłaszcza kobiet. W tego typu sprawach wypowiadał się często Trybunał, określając zarazem istotne elementy dyskryminacji pośredniej ze względu na płeć. Rozwój tego orzecznictwa zostanie przedstawiony w kolejnym rozdziale.

4.3. Pochodzenie rasowe lub etniczne

Zgodnie z potocznym rozumieniem osoby należące do tej samej rasy wyróżniają się określonym zespołem cech przekazywanych dziedzicznie, np. kolorem skóry[283]. Natomiast w prawie UE nie odnajdziemy definicji tego pojęcia, co wiąże się z trudnością w jej sformułowaniu i delikatnym charakterem omawianej materii. W dyrektywie 2000/43 wskazuje się wprost, że „Unia Europejska odrzuca wszystkie teorie zmierzające do określenia istnienia odrębnych ras ludzkich. Użycie

[282] Tak m.in. w wyroku z 15 czerwca 1978 roku w sprawie Gabrielle Defrenne v. Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena, 149/77, ECR 1978, s. 1365. Stanowisko to było potem potwierdzane w kolejnych wyrokach, m.in. w wyżej cytowanym w sprawie C-13/94.

[283] Por. A. Zwolińska, op. cit., s. 17.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

terminu 'pochodzenie rasowe' w niniejszej dyrektywie nie oznacza wcale uznania tych teorii" (ustęp 6 preambuły). W rezultacie nie dookreśla się, co należy rozumieć pod pojęciem pochodzenie rasowe lub etniczne[284]. Może to jednak rodzić problemy praktyczne w zakwalifikowaniu danych grup osób jako rasowych lub etnicznych, stąd też dobrze byłoby, gdyby Trybunał Sprawiedliwości dokonał interpretacji obu terminów[285]. Należy przy tym zauważyć, że kwestia przynależności osoby do mniejszości rasowej czy etnicznej może stać się przedmiotem sporu w sądzie. Zdarza się bowiem tak, że subiektywnie identyfikuje się ona z daną grupą, a nie ma obiektywnych czynników wskazujących na przynależność do mniejszości. Możliwa jest także sytuacja odwrotna, tzn. osoba o określonym pochodzeniu, np. romskim, która ma określone cechy potwierdzające przynależność do mniejszości, nie utożsamia się z nią i nie czuje się członkiem grupy[286]. W obu sytuacjach może mieć miejsce dyskryminacja ze względu na pochodzenie rasowe lub etniczne, jeśli tylko były one podstawą do odmiennego potraktowania tej osoby.

W prawie Unii Europejskiej podstawowym aktem prawnym regulującym omawiane kryteria jest omówiona wyżej dyrektywa 2000/43. Nie oznacza to jednak, że aktywność Unii Europejskiej w tym obszarze nie miała miejsca jeszcze przed jej przyjęciem. Jednakże ze względu na brak odpowiedniej podstawy traktowej (do czasu wejścia w życie Traktatu Amsterdamskiego) wydawano głównie akty prawne o niewiążącym charakterze. Z ważniejszych należy wymienić rezolucje Rady z 29 maja 1990 roku w sprawie walki przeciwko rasizmowi i ksenofobii[287] oraz z 5 października 1995 roku w sprawie walki z rasizmem i kse-

---

[284] Zwraca na to uwagę wielu przedstawicieli doktryny m.in. B. Hepple, *Race and Law in Fortress Europe*, „Modern Law Review" 2004, t. 67, nr 1, s. 3, E. Guild, op. cit., s. 418, czy W. Burek, *Zakaz dyskryminacji w dostępie do dóbr i usług świadczonych publicznie w prawie polskim – uwagi wokół implementacji dyrektywy rasowej (2000/43)*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne" 2007, nr 12, s. 10.

[285] Nie ma bowiem wątpliwości, że są to pojęcia prawa UE i nie mogą być pozostawione do interpretacji organom krajowym. Por. szerzej T. Tridimas, *The General Principles...*, s. 67

[286] Por. szerzej K. Kędziora,, K. Śmiszek, op. cit., s. 102–103.

[287] Dz. Urz. C 157 z 27.06.1990, s. 1–3.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

nofobią w dziedzinie zatrudnienia i spraw społecznych[288]. Natomiast na podstawie postanowień Traktatu o Unii Europejskiej dotyczących tzw. III filaru (wówczas współpraca w dziedzinie wymiaru sprawiedliwości i spraw wewnętrznych) Rada przyjęła wspólne działanie 96/443 z 15 lipca 1996 roku dotyczące działania w celu zwalczania rasizmu i ksenofobii[289], które zobowiązało państwa członkowskie do zapewnienia skutecznej współpracy sądowej w zakresie przestępstw związanych z tego typu zachowaniami. Przyjęcie dyrektywy 2000/43 należy zatem traktować jako potwierdzenie zaangażowania Unii Europejskiej w zwalczanie dyskryminacji ze względu na pochodzenie rasowe lub etniczne.

W tym sprawach wypowiadał się także Trybunał Sprawiedliwości, przy czym orzecznictwo dotyczące omawianych kryteriów nie jest obszerne. Z ważniejszych rozstrzygnięć należy wskazać na wyrok z 10 lipca 2008 roku w sprawie Centrum voor Gelijkheid van Kansen en voor Racismebestrijding v. Firma Feryn NV[290]. Trybunał wskazał tam, że publiczne oświadczenie pracodawcy, iż nie będzie zatrudniał pracowników o określonym pochodzeniu etnicznym lub rasowym, stanowi bezpośrednią dyskryminację przy zatrudnianiu w rozumieniu art. 2 ust. 2 pkt a) dyrektywy Rady 2000/43, ponieważ takie deklaracje mogą poważnie zniechęcać określonych kandydatów do składania swoich kandydatur, a tym samym stanowić dla nich przeszkodę w dostępie do rynku pracy. Takie publiczne oświadczenia są wystarczające dla domniemania, że ma miejsce bezpośrednio dyskryminująca polityka zatrudnienia. Do tego pracodawcy należy zatem przedstawienie dowodu, że nie naruszył zasady równego traktowania – może to uczynić poprzez wykazanie, że rzeczywista praktyka zatrudniania stosowana przez przedsiębiorstwo nie odpowiada tym oświadczeniom. Warto podkreślić, że Trybunał zajął takie stanowisko, mimo iż nie zidentyfikowano osoby, która uważałaby się za ofiarę tej dyskryminacyjnej praktyki[291].

---

[288] Dz. Urz. C 296 z 10.11.1995, s. 13–14.

[289] Dz. Urz. L 185 z 24.07.1996, s. 5–7.

[290] C-54/07, ECR 2008, s. I–5187

[291] Por. szerzej S. Majkowska-Szulc, M. Tomaszewska, *Dyskryminacja w zatrud-*

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

W kolejnym wyroku z 12 maja 2011 roku w sprawie Malgožata Runevič-Vardyn i Łukasz Paweł Wardyn v. Vilniaus miesto savivaldybės administracija i inni[292] stwierdził natomiast, że dyrektywa 2000/43 nie obejmuje swoim zakresem regulacji krajowych przewidujących, że imiona i nazwiska mogą być zapisywane w aktach stanu cywilnego tego państwa wyłącznie w formie zachowującej reguły pisowni języka urzędowego. Tymczasem zarzut skarżących i samo pytanie sądu krajowego dotyczyło tego, czy stosowanie takich przepisów krajowych może stanowić dyskryminację pośrednią osób ze względu na pochodzenie etniczne. Szkoda zatem, że w swoim wyroku Trybunał nie rozwinął szerzej tego zagadnienia, a ograniczył się jedynie do wskazania, że takie przepisy krajowe nie podlegają ocenie w świetle postanowień dyrektywy 2000/43.

4.4. Religia lub przekonania

Oba kryteria są wymienione łącznie zarówno w art. 19 TFUE, jak i dyrektywie 2000/78. Należy je jednak rozpatrywać odrębnie. Pojęcia religii nie doprecyzowano w przepisach unijnych, co jednak jest zrozumiałe, bowiem trudno je ująć w sztywne ramy definicyjne. W większości przypadków intuicyjnie wyczuwamy, że konkretna wiara w połączeniu z duchową postawą składają się na odrębną religię. Mamy jednak do czynienia także ze spornymi przypadkami, jak choćby dotyczącymi kościoła scjentologicznego, który w części krajów jest uznawany za religię, a w innych nie[293]. Mając na uwadze ochronny

nieniu w braku możliwej do zidentyfikowania ofiary dyskryminacji. Glosa do wyroku ETS z dnia 10 lipca 2008 w sprawie C-54/07 Centrum voor Gelijkheid van Kansen en voor Racismebestrijding p Firma Feryn NV, „Europejski Przegląd Sądowy" 2009, nr 7, s. 48.

[292] C-391/09, niepubl., dostępny na stronie curia. europa.eu. Warto podkreślić, że powodami w tej sprawie byli obywatelka litewska polskiego pochodzenia oraz obywatel polski.

[293] Por. szerzej G. Thüsing, *Following the U.S. Example: European Employment Discrimination Law and the Impact of Council Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC*, „The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations" 2003, t. 19, nr 2, s. 199. Warto jednak odnotować, że Europejski Trybunał Praw Człowieka

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

charakter przepisów zakazujących dyskryminacji ze względu na religię, wydaje się, że należałoby przyjąć podobną szeroką interpretację tego pojęcia, jaką przyjmuje Europejski Trybunał Praw Człowieka w swoim orzecznictwie, przy czym powinien się tym zająć Trybunał Sprawiedliwości, pozostawienie bowiem wykładni w rękach organów krajowych mogłoby prowadzić do rozbieżności w sposobie jego rozumienia (choćby takich, jak wyżej wskazany przykład kościoła scjentologicznego). Tymczasem Trybunał w tej sprawie jeszcze się nie wypowiedział. Należy natomiast zauważyć, że w przeszłości dostrzegał potrzebę uwzględnienia kwestii religijnych w procesie rekrutacji urzędników unijnych. W wyroku z 27 października 1976 roku w sprawie Vivien Prais v. Rada WE[294] wskazał, że wyznaczenie daty konkursu na stanowisko w strukturach Unii na piątek stanowiło dyskryminację kandydatów wyznania żydowskiego[295].

Jeśli natomiast chodzi o drugie z podanych kryteriów, to warto zwrócić uwagę na pewne różnice terminologiczne występujące w polskiej wersji językowej. Mianowicie w art. 19 TFUE ang. *belief* i niem. *Weltanschauung* zostaje przetłumaczone jako światopogląd, natomiast w dyrektywie 2000/78 pojawia się termin przekonania. Wydaje się, że lepiej byłoby zachować jednolitą terminologię w obu aktach prawnych i posługiwać się pojęciem przekonania, gdyż ma ono szerszy zakres.

Jak wskazano w poprzednim podrozdziale, dyrektywa 2000/78 zawiera szczególny wyjątek od zakazu dyskryminacji odnoszący się do religii i przekonań[296]. Regulacja ta zmierza do zachowania rów-

w Strasburgu stosuje szeroką definicję religii, zaliczając do niej m.in. kościół scjentologiczny, sektę Moon czy druidyzm – C. Evans, *Freedom of Religion under the European Convention on Human Rights*, Oxford 2001, s. 59.

[294] Sprawa 130/75, ECR 1976, s. 1589.

[295] Niemniej jednak fakt, że kandydatka nie zastosowała się do regulaminu i nie powiadomiła odpowiednio wcześnie właściwego organu o trudnościach związanych z przybyciem na miejsce konkursu spowodował, że nie uznano jej powództwa zarzucającego dyskryminację ze względu na religię. Por. szerzej M. Domańska, op. cit., s. 168.

[296] Art. 4 ust. 2 dyrektywy 2000/78 przewiduje, że „państwa członkowskie mogą utrzymać w mocy swoje ustawodawstwo krajowe, które obowiązuje w dniu przyjęcia dyrektywy, lub przewidzieć w przyszłym ustawodawstwie, uwzględniającym praktykę krajową istniejącą w dniu przyjęcia dyrektywy przepisy, na mocy których w przypadku

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

nowagi między ogólną zasadą równości oraz wolności religijnej. Jednakże trudne negocjacje, jakie dotyczyły tego postanowienia znajdują swój wyraz w jego złożonym charakterze[297]. Przede wszystkim należy zauważyć, że wyjątek ten jest ujęty w kategoriach możliwości, a nie obowiązku wprowadzenia i stosuje się go jedynie w odniesieniu do przepisów lub praktyk istniejących w chwili przyjęcia dyrektywy. Ponadto znajduje on zastosowanie jedynie do działalności zawodowej kościołów albo innych organizacji publicznych bądź prywatnych, których etyka opiera się na religii lub przekonaniach. Wskazane podmioty mogą uwzględnić religię lub przekonania danej osoby jako decydujący czynnik przy zatrudnieniu. Nie będzie to jednak stanowiło dyskryminacji, jeśli ze względu na charakter podejmowanej działalności zawodowej lub kontekst, w którym jest prowadzona, religia lub przekonania stanowią podstawowy, zgodny z prawem i uzasadniony wymóg zawodowy, uwzględniający etykę organizacji. Jednocześnie jednak nie możemy mieć do czynienia z odmiennym traktowaniem na podstawie innego kryterium, np. orientacji seksualnej[298].

4.5. Niepełnosprawność

Zgodnie z wyrokiem Trybunału z 11 lipca 2006 roku w sprawie Sonia Chacón Navas v. Eurest Colectividades S.A pojęcie „niepełnospraw-

działalności zawodowej kościołów albo innych organizacji publicznych bądź prywatnych, których etyka opiera się na religii lub przekonaniach, odmienne traktowanie ze względu na religię lub przekonania osoby nie stanowi dyskryminacji, w przypadku gdy ze względu na charakter tego rodzaju działalności lub kontekst, w którym jest prowadzona, religia lub przekonania stanowią podstawowy, zgodny z prawem i uzasadniony wymóg zawodowy, uwzględniający etykę organizacji. Tego rodzaju odmienne traktowanie powinno być realizowane z poszanowaniem zasad i postanowień konstytucyjnych państw członkowskich oraz zasad ogólnych prawa wspólnotowego, i nie powinno być usprawiedliwieniem dla dyskryminacji, u podstaw której leżą inne przyczyny.".

[297] M. Bell, L. Waddington, *More Equal Than Others…*, s. 600.

[298] Ibidem. Autorzy podają tu przykład odnoszący się do kobiety o odmiennej orientacji seksualnej, która jest jednocześnie praktykującą katoliczką i składa podanie o pracę w szkole katolickiej. Nie będzie można odmówić jej zatrudnienia z powodu jej orientacji seksualnej, bowiem stanowiłoby to dyskryminację bezpośrednią zakazaną przez dyrektywę 2000/78 i nieobjętą wyjątkiem z jej art. 4 ust. 2.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

ność" należy rozumieć jako ograniczenie, wynikające konkretnie z naruszenia funkcji fizycznych, umysłowych lub psychicznych, które stanowi przeszkodę dla danej osoby w uczestnictwie w życiu zawodowym[299]. Trybunał podkreśla również, że aby ograniczenie wchodziło w zakres pojęcia „niepełnosprawność", musi istnieć prawdopodobieństwo, iż jest ono długoterminowe. W rezultacie osoba, z którą pracodawca rozwiązuje umowę o pracę wyłącznie z powodu choroby, nie jest objęta ogólnymi ramami ustanowionymi w celu walki z dyskryminacją ze względu na niepełnosprawność przez dyrektywę 2000/78[300]. Natomiast zgodnie z orzecznictwem Trybunału ochronie przed dyskryminacją ze względu na omawiane kryterium podlegają nie tylko osoby, które same mają tę cechę, lecz także te, które łączy więź z osobą niepełnosprawną (tzw. dyskryminacja ze względu na więź). Jak bowiem wskazał w wyroku z 17 lipca 2008 roku w sprawie S. Coleman v. Attridge Law i Steve Law[301], wykładnia dyrektywy 2000/78 ograniczająca jej zastosowanie tylko do osób niepełnosprawnych mogłaby pozbawić tę dyrektywę dużej części jej skuteczności oraz ograniczyć ochronę, którą ma gwarantować. Podobne stanowisko zajął TS w stosunku do zakazu molestowania, wskazując, że nie ogranicza się on tylko do osób, które same są niepełnosprawne. Jeżeli zostanie wykazane, że niepożądane zachowanie stanowiące molestowanie ma związek z niepełnosprawnością dziecka, któremu pracownik ten zapewnia zasadniczą opiekę, stosownie do potrzeb tego dziecka, to takie zachowanie jest sprzeczne z postanowieniami dyrektywy 2000/78. Jest to słuszne stanowisko, bowiem istotne znaczenie ma podłoże nierównego traktowania. Gdy ustalimy, że podstawą działań pracodawcy jest jedno z zakazanych kryteriów, występuje niezgodna z prawem dyskryminacja. To, czy osoba, która jest jej ofiarą, sama posiada cechę chronioną przez prawo, czy też nie, ma w tym przypadku znaczenie drugorzędne[302].

---

[299] C-13/05, ECR 2006, s. I–6467, pkt 43.

[300] Ibidem, pkt 47.

[301] C-303/06, ECR 2008, s. I–5603, pkt 51.

[302] Por. J. Maliszewska-Nienartowicz, *Zakaz dyskryminacji ze względu na niepełnosprawność w świetle wyroków TS w sprawach Coleman i Chacón Navas*, „Europejski Przegląd Sądowy" 2011, nr 8, s. 31.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

Warto podkreślić, że instytucje unijne już od dłuższego czasu zwracają szczególną uwagę na kwestię niepełnosprawności. Zaangażowanie Wspólnoty/Unii Europejskiej w tym zakresie datuje się od 1974 roku, kiedy został przyjęty program działania służący promowaniu zawodowej rehabilitacji osób niepełnosprawnych[303]. Następnie przez lata przyjmowano we Wspólnocie różnego rodzaju dokumenty programowe dotyczące niepełnosprawności[304]. Na kwestię dyskryminacji jako głównego problemu, na jaki napotykają osoby niepełnosprawne, zwrócono uwagę w dwóch aktach przyjętych w 1996 roku – komunikacie Komisji o równości szans dla ludzi z niepełnosprawnością[305] oraz rezolucji Rady o tym samym tytule[306]. W rezultacie, kiedy w Traktacie Amsterdamskim dodano regulację art. 13 TWE (obecnie art. 19 TFUE), który stanowił podstawę do przyjmowania środków niezbędnych w celu zwalczania dyskryminacji ze względu na inne kryteria niż przynależność państwowa, wśród uwzględnionych tam podstaw znalazła się również niepełnosprawność. Przyjęta na jego podstawie dyrektywa 2000/78 stwarza możliwość poprawy sytuacji osób niepełnosprawnych na rynku pracy, jednakże nie przyznaje im żadnych szczególnych praw czy korzyści, a jedynie stanowi środek mający chronić te osoby przed dyskryminacją, której mogą doświadczyć w sytuacji, gdy z uwagi na niepełnosprawność są dyskwalifikowani jako pracownicy na rzecz osób mniej wykwalifikowanych, lecz sprawnych[307].

Zakaz dyskryminacji ze względu na niepełnosprawność ma specyficzny charakter, bowiem może on wymagać podjęcia pewnych kroków, zapewniających wsparcie dla tych osób. Dlatego też za niezwykle

---

[303] Rezolucja Rady z 27 czerwca 1974 roku, Dz. Urz. C 80 z 1974, s. 3.

[304] Na przykład, wspólnotowy program działań społecznych dotyczący społecznej integracji osób niepełnosprawnych (ang. Community Social Action Programme on the Social Integration of Handicapped People), Dz. Urz. C 347 z 1981, s. 1 Por. szerzej D. Mabbett, *The Development of Rights-based Social Policy in the European Union: The Example of Disability Rights*, „Journal of Common Market Studies" 2005, t. 43, nr 1, s. 106–107 oraz L. Waddington, *Article 13: Mere Rhetoric or a Harbinger of Change?*, „Cambridge Yearbook of European Legal Studies" 1998, t. 1, s. 185.

[305] COM (96) 406 final

[306] Rezolucja Rady z 20 grudnia 1996 roku, Dz. Urz. C 12 z 1997, s. 1.

[307] Por. szerzej M. Domańska, op. cit., s. 169.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

ważny należy uznać przepis art. 5 dyrektywy 2000/78, który przewiduje obowiązek wprowadzenia przez pracodawcę tzw. racjonalnych usprawnień, czyli właściwych środków uwzględniających potrzeby konkretnej sytuacji, aby umożliwić osobie niepełnosprawnej dostęp do pracy, jej wykonywanie, rozwój zawodowy bądź kształcenie. W dyrektywie wskazuje się przy tym, że mają to być „skuteczne i praktyczne środki w celu przystosowania miejsca pracy z uwzględnieniem niepełnosprawności, przystosowanie pomieszczenia lub wyposażenia, czasu pracy, podziału zadań lub oferty kształceniowej lub integracyjnej" (ustęp 20 preambuły). Można zatem uznać, że zapewnienie skuteczności środka w usuwaniu barier w zakresie dostępu do zatrudnienia dla osób niepełnosprawnych jest głównym elementem zobowiązania pracodawcy do wprowadzenia racjonalnego usprawnienia[308]. Jednocześnie mamy tu do czynienia z indywidualnym prawem, bowiem należy uwzględnić potrzeby konkretnej osoby i jej sytuację[309]. Warunkiem jest jednak to, aby zastosowane środki nie wiązały się z nieproporcjonalnie wysokimi obciążeniami dla pracodawcy. Z przepisu art. 5 dyrektywy 2000/78 wynika, że obciążenia nie są nieproporcjonalne, jeżeli są w wystarczającym stopniu rekompensowane ze środków istniejących w ramach polityki prowadzonej przez dane państwo członkowskie na rzecz osób niepełnosprawnych. Dodatkowo wskazuje się, że „aby ustalić, czy przyjęcie danych środków wiąże się z koniecznością nieproporcjonalnie wysokiego obciążenia, należy uwzględnić w szczególności związane z tym koszty finansowe i inne, rozmiar organizacji lub środki finansowe, jakimi dysponują przedsiębiorstwa oraz możliwość pozyskania środków publicznych lub jakiejkolwiek innej pomocy" (ust. 21 preambuły dyrektywy 2000/78).

---

[308] K. Wells, *The Impact of the Framework Employment Directive on UK Disability Discrimination Law*, „Industrial Law Journal" 2003, t. 32, nr 4, s. 264.

[309] A. Hendriks, L. Waddington, *The Expanding Concept of Employment Discrimination in Europe: from Direct and Indirect Discrimination to Reasonable Accommodation Discrimination*, „The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations" 2002, t. 18, nr 3, s. 414. Tak też G. Quinn, *Disability Discrimination Law in the EU*, [w:] *Equality Law in an Enlarged European Union. Understanding the Article 13 Directives*, H. Meenan (red.), Cambridge 2007, s. 245–246.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

Mamy tu zatem do czynienia ze swoistym ważeniem praw osób niepełnosprawnych z obowiązkami pracodawców, z których można się jednak zwolnić, wskazując na nieproporcjonalnie wysoki koszt związany z wprowadzeniem racjonalnych usprawnień. W istocie jest to porównywanie, z jednej strony, skuteczności zastosowanego usprawnienia i zapewnienia w ten sposób osobie niepełnosprawnej dostępu do zatrudnienia, a z drugiej, kosztów finansowych, jakie w związku z tym musi ponieść pracodawca. W praktyce na tle tej regulacji może dochodzić do sporów dochodzonych na drodze sądowej[310]. W rezultacie w doktrynie z jednej strony, wskazywano, że postanowienie to stanowi znaczny potencjał w zakresie rozwijania przez Trybunał standardów równego traktowania osób niepełnosprawnych w dziedzinie zatrudnienia[311]. Z drugiej zaś strony, wyrażano wątpliwość, czy pozostawienie w gestii państw członkowskich kompetencji związanych z podziałem ciężarów finansowych, wynikających z zapewnienia racjonalnego usprawnienia dla osób niepełnosprawnych (świadczy o tym odwołanie się do polityki prowadzonej przez dane państwo członkowskie na rzecz osób niepełnosprawnych, zawarte w art. 5 dyrektywy 2000/78), nie powstrzyma Trybunału przed formułowaniem daleko idących wniosków. Innymi słowy, czy nie pozostawi on w gestii państw członkowskich i ich organów oceny proporcjonalności możliwych do zastosowania środków[312].

W tym zakresie należy zauważyć, że do Trybunału nie dotarła jeszcze sprawa, w której mógłby szerzej rozwinąć interpretację postanowień dyrektywy 2000/78 dotyczących racjonalnych usprawnień. Jedynie na marginesie pytań zadanych przez sąd krajowy w sprawie *Chacón Navas*[313] odniósł się on ogólnie do tej kwestii. Wskazał mianowicie, że sprzeczne z zakazem dyskryminacji jest rozwiązanie umowy o pracę ze względu na niepełnosprawność, które, zważywszy na obowiązek wprowadzania racjonalnych usprawnień dla osób

[310] J. Maliszewska-Nienartowicz, *Zakaz dyskryminacji ze względu na niepełnosprawność...*, s. 34.

[311] K. Wells, op. cit., s. 273.

[312] Por. D. Mabbett, op. cit., s. 111–112.

[313] Wyżej cytowany wyrok w sprawie C-13/05.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

niepełnosprawnych, nie jest uzasadnione tym, iż dana osoba nie jest kompetentna ani zdolna bądź nie pozostaje w dyspozycji do wykonywania najważniejszych czynności na danym stanowisku[314]. Choć niewiele wnosi to do sposobu rozumienia pojęcia racjonalnych usprawnień i zakresu obowiązków, jakie ciążą w tym zakresie na pracodawcy, to jednak widać wyraźnie, że rozwiązanie umowy o pracę z osobą niepełnosprawną nie może się opierać wyłącznie na wskazaniu, iż nie jest ona kompetentna ani zdolna bądź nie pozostaje w dyspozycji do wykonywania najważniejszych czynności na danym stanowisku. Taka osoba będzie bowiem mogła powołać się na obowiązek pracodawcy wprowadzenia racjonalnych usprawnień umożliwiających jej kontynuowanie pracy na zajmowanym dotąd stanowisku[315].

4.6. Wiek

Definicja wieku nie została określona ani w przepisach traktatowych, ani też w dyrektywie 2000/78. W doktrynie wyrażany jest pogląd, że na gruncie dyrektywy pojęcie to należy ujmować jako wiek chronologiczny, w odróżnieniu do wieku społecznego i fizjologicznego[316]. Warto przy tym zauważyć, że jest to cecha wrodzona (tzn. każdy ma jakiś wiek i co do zasady doświadczy w swoim życiu zarówno okresu młodzieńczego, jak i starczego), dostrzegalna na zewnątrz, a przy tym zmienna[317]. Ma ona przy tym relatywny charakter, np. osoba czterdziestoletnia jest młoda w porównaniu z osobą osiemdziesięciolet-

---

[314] Ibidem, pkt 52.

[315] J. Maliszewska-Nienartowicz, *Zakaz dyskryminacji ze względu na niepełnosprawność...*, s. 34.

[316] Ten pierwszy odnosi się do lat i zmian miejsca jednostki w społeczeństwie, ten drugi dotyczy zmian w życiu społecznym, a ten trzeci funkcjonalnej zdolności i stopniowego osłabiania fizycznej siły i formy, które występują w procesie starzenia się. Por. szerzej H. Meenan, *Age Discrimination – of Cinderella and the Golden Bough*, [w:] *Equality Law in an Enlarged European Union. Understanding the Article 13 Directives*, H. Meenan (red.), Cambridge 2007, s. 279.

[317] Por. A. Zwolińska, op. cit., s. 11; J. Swift, *Justifying Age Discrimination*, „Industrial Law Journal" 2006, t. 35, nr 3, s. 231; H. Meenan, *Age: the Individual and the Law – Part I*, „Irish Law Times" 2002, t. 20, nr 10, s. 155.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

nią, ale starsza w porównaniu z dziesięcioletnim dzieckiem[318]. Z tego względu wiek jest kryterium jakościowo odmiennym od wcześniej omówionych, bowiem stanowi wspólny punkt odniesienia dla wszystkich, a zarazem jest kluczowym elementem strukturalnej nierówności nie tylko w społeczeństwie, w którym niemal od zawsze określone prawa czy zobowiązania są różnorodnie dystrybuowane w zależności od wieku, ale także w środowisku pracy[319].

Instytucje unijne stosunkowo wcześnie zwróciły uwagę na potrzebę podjęcia działań zmierzających do ochrony osób starszych. Parlament Europejski 18 lutego 1982 roku przyjął rezolucję o sytuacji i problemach starszych osób we Wspólnocie Europejskiej. Następnie zaś Komisja Europejska podjęła szereg inicjatyw w tym zakresie[320]. Zaangażowanie Wspólnoty Europejskiej w omawianym obszarze potwierdziło także przyjęcie przez Radę kilku decyzji[321]. Swoistym ukoronowaniem wszystkich tych inicjatyw stało się przyjęcie dyrektywy 2000/78, która ustanowiła zakaz dyskryminacji ze względu na wiek w sferze zatrudnienia.

Mając jednak na uwadze specyfikę tego kryterium, a zarazem obowiązywanie określonych przepisów krajowych, w tym dotyczących choćby wieku emerytalnego, dyrektywa zawiera szereg postanowień, które mogą być uznane za szczególne wyłączenia od zakazu dyskryminacji ze względu na wiek[322]. Po pierwsze, państwa członkowskie

---

[318] S. Burri, *Prohibition of Discrimination on the Ground of Age*, materiały z konferencji *The Fight against Discrimination in Practice: the 2000 Directives on Equality of Treatment*, Trier 24–25 October 2005, dostępne na stronie: http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/08_Age/2005_Burri1-EN.pdf (data korzystania: 22.09.2011).

[319] Por. szerzej M. Otto, *Zakaz dyskryminacji ze względu na wiek w zatrudnieniu*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne" 2010, nr 6, s. 9–10.

[320] Por. zalecenie Komisji 89/350 z 10 maja 1989 roku dotyczące europejskiej karty dla osób powyżej sześćdziesięciu lat, Dz. Urz. L 144 z 27.05.1989, s. 59–61, czy też komunikat Komisji dotyczący osób starszych, COM (90) 80 final.

[321] M.in. decyzja Rady 91/49 z 26 listopada 1990 roku dotycząca działań Wspólnoty na rzecz osób starszych, Dz. Urz. L 28 z 2.02.1991, s. 29–31 oraz decyzja 92/440 z 24 czerwca 1992 roku o zorganizowaniu Europejskiego Roku Osób Starszych i Solidarności Między Pokoleniami (1993), Dz. Urz. L 245 z 26.08.1992, s. 43–45.

[322] Ogólne wyłączenia odnoszące się do wszystkich kryteriów uregulowanych w dyrektywie 2000/78 przewidziane są w art. 2 ust. 5 (środki uzasadnione bezpie-

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

mogą ustalić, że jej przepisy w kwestii dyskryminacji ze względu wiek (i niepełnosprawność) nie znajdują zastosowania wobec sił zbrojnych (art. 3 ust. 4). Po drugie, zastrzega się, że dyrektywa nie narusza przepisów prawa krajowego ustanawiających wiek emerytalny (ustęp 14 preambuły), oraz że państwa członkowskie mogą uznać, iż nie stanowi dyskryminacji ze względu na wiek ustalanie, dla systemów zabezpieczenia społecznego pracowników, wieku przyznania lub nabycia praw do świadczeń emerytalnych lub inwalidzkich, pod warunkiem że nie stanowi to dyskryminacji ze względu na płeć (art. 6 ust. 2). Po trzecie, państwa członkowskie mogą uznać, że odmienne traktowanie ze względu na wiek nie stanowi dyskryminacji, jeżeli w ramach prawa krajowego zostanie to obiektywnie i racjonalnie uzasadnione zgodnym z przepisami celem, w szczególności celami polityki zatrudnienia, rynku pracy i kształcenia zawodowego, i jeżeli środki mające służyć realizacji tego celu są właściwe i konieczne. Takie odmienne traktowanie może polegać między innymi na:

a) wprowadzeniu specjalnych warunków dostępu do zatrudnienia i kształcenia zawodowego, zatrudnienia i pracy, włącznie z warunkami zwalniania i wynagradzania, dla ludzi młodych, pracowników starszych i osób mających na utrzymaniu inne osoby, w celu wspierania ich integracji zawodowej lub zapewnienia im ochrony;
b) określeniu warunków dolnej granicy wieku, doświadczenia zawodowego lub stażu pracy, wymaganego do zatrudnienia lub niektórych korzyści związanych z zatrudnieniem;

---

czeństwem publicznym, utrzymaniem porządku i zapobieganiem działaniom podlegającym sankcjom karnym, ochroną zdrowia oraz ochroną praw i wolności innych osób) oraz art. 4. ust. 1 (gdy ze względu na rodzaj działalności zawodowej lub warunki jej wykonywania, dane cechy są istotnym i determinującym wymogiem zawodowym, pod warunkiem że cel jest zgodny z prawem, a wymóg jest proporcjonalny). Ostatniego z podanych przepisów dotyczył m.in. wyrok z 12 stycznia 2010 roku w sprawie Colin Wolf v. Stadt Frankfurt am Main, C-229/08, ECR 2010, s. I–1. Trybunał stwierdził tam, że należy uznać za zgodny z art. 4 ust. 1 dyrektywy 2000/78 przepis prawa krajowego, który przewiduje wynoszącą 30 lat górną granicę wieku rekrutacji do technicznej służby pożarniczej średniego szczebla.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

c) określeniu górnej granicy wieku przy rekrutacji, z uwzględnieniem wykształcenia wymaganego na danym stanowisku lub potrzeby racjonalnego okresu zatrudnienia przed przejściem na emeryturę (art. 6 ust. 1).

Mamy tu do czynienia z przykładowym wyliczeniem sytuacji, w których może dochodzić do dyskryminacji ze względu na wiek. Regulacja art. 6 ust. 1 dyrektywy 2000/78 otwiera zatem przed państwami członkowskimi możliwość dalszego stosowania środków dyskryminujących, pod warunkiem, że są one uzasadnione zgodnym z prawem celem. Wśród nich wskazuje się przykładowo na politykę zatrudnienia, rynku pracy i kształcenia zawodowego, czyli takie cele, które realizują interesy ogólne, a nie samego pracodawcy[323]. Zastosowanie środki muszą jednak „przejść" test proporcjonalności, a zatem być właściwe i konieczne do osiągnięcia tego celu[324]. W zakresie tej oceny dużą rolę odgrywają organy stosujące prawo, a zatem przede wszystkim sądy krajowe. Wskazówek dotyczących interpretacji art. 6 dyrektywy 2000/78 dostarcza bogate orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości.

Wyrok z 22 listopada 2005 roku w sprawie Werner Mangold v. Rüdiger Helm[325] dotyczył przepisów niemieckich, które zezwalały na zawieranie bez ograniczeń umów o pracę na czas określony z pracownikami w wieku powyżej 52 lat. Trybunał przeprowadził tam ocenę zgodności takiej regulacji z wymogami wynikającymi z art. 6 dyrektywy 2000/78, zwłaszcza zaś z zasadą proporcjonalności. W tym zakresie zauważył, że państwa członkowskie dysponują bezspornie szerokim zakresem uznania w kwestii wyboru środków właściwych dla realizacji przyjętych przez nie celów w dziedzinie polityki socjalnej i zatrudnienia. Jednakże przepisy, które uznają wiek danego pracownika za jedyne kryterium dla stosowania umów o pracę na czas określony, należy uznać za wykraczające poza to, co jest właściwe i ko-

[323] Słusznie zwraca na to uwagę G. Thüsing, op. cit., s. 203.

[324] Dlatego też w doktrynie zauważa się, że regulacja art. 6 ust. 1 dyrektywy 2000/78 zaciera granicę między dyskryminacją bezpośrednią a pośrednią. Por. szerzej H. Meenan, *Age Discrimination – Of Cinderella...*, s. 304.

[325] C-144/04, ECR 2005, s. I–9981.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

nieczne dla osiągnięcia tego celu. Następnie Trybunał uznał zasadę niedyskryminacji ze względu na wiek za zasadę ogólną prawa wspólnotowego, która wywiera bezpośrednie skutki w krajowych porządkach prawnych i może być powołana w postępowaniu sądowym[326]. Natomiast na sądzie krajowym spoczywa obowiązek zagwarantowania pełnej skuteczności tej zasady poprzez niestosowanie wszelkich przepisów prawa krajowego, które są z nią sprzeczne również wtedy, gdy termin na dokonanie transpozycji dyrektywy 2000/78 jeszcze nie upłynął[327]. Te ustalenia wyroku wywołały poważne kontrowersje. Zarzucano Trybunałowi zwłaszcza to, że zbytnio ingeruje w dziedzinę polityki zatrudnienia i polityk społecznych, które zasadniczo należą do kompetencji państw członkowskich, że dokonał nadinterpretacji charakteru prawnego dyrektyw, które muszą być transponowane do prawa krajowego, że ogólna zasada prawa unijnego zakazująca dyskryminacji ze względu na wiek nie ma dostatecznych podstaw prawnych[328]. Nawet ci autorzy, którzy generalnie zaakceptowali stanowisko Trybunału, wskazywali na pewne jego niedociągnięcia, np. brak wyjaśnienia, dlaczego przepisy niemieckie, które są sprzeczne z art. 6 ust. 1 dyrektywy 2000/78, jednocześnie naruszają ogólną zasadę zakazującą dyskryminacji ze względu na wiek[329].

Stąd też w kolejnych wyrokach Trybunał starał się doprecyzować, w jaki sposób należy interpretować postanowienia dyrektywy dotyczące dyskryminacji ze względu na wiek. Przede wszystkim zatem wskazał, że prawo unijne nie przewiduje zakazu wszelkiej dyskryminacji na podstawie tego kryterium, której przestrzeganie muszą zagwarantować sądy krajowe również wtedy, gdy ewentualnie

---

[326] Por. też pkt 84 opinii rzecznika generalnego A. Tizzano z 30 czerwca 2005 roku w sprawie Werner Mangold v. Rüdiger Helm, C-144/04, ECR 2005, s. I–9981.

[327] Pkt 78 wyroku w sprawie C-144/04.

[328] Por. szerzej J. Barcz, *Zakaz dyskryminacji ze względu na wiek w prawie UE w świetle wyroku TS z 19.01.2010 r. w sprawie C-555/07 Seda Kücükdeveci*, „Europejski Przegląd Sądowy" 2010, nr 9, s. 13.

[329] Por. J. H. Jans, *The Effect in National Legal Systems of the Prohibition of Discrimination on Grounds of Age As a General Principle of Community Law*, „Legal Issues of Economic Integration" 2007, t. 34, nr 1, s. 66.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

dyskryminujące traktowanie nie ma związku z prawem unijnym[330]. Ponadto potwierdził, że państwa członkowskie dysponują szerokim zakresem swobody w uzasadnieniu ograniczeń zakazu nierównego traktowania ze względu na wiek[331]. Jednocześnie jednak Trybunał zauważa, że:

> ten zakres uznania nie może skutkować pozbawieniem znaczenia wprowadzenia w życie zasady niedyskryminacji ze względu na wiek. Zwykłe twierdzenia ogólnej natury, dotyczące przydatności środka mającego służyć polityce zatrudnienia, rynku pracy i kształcenia zawodowego nie są wystarczające, aby uznać, że cel danego środka jest takiej natury, że uzasadnia odstępstwo od tej zasady; nie stanowią też dowodu pozwalającego na uznanie, że wybrane środki są przydatne dla osiągnięcia tego celu […] Do sądu krajowego należy ustalenie, czy uregulowania, których dotyczy zawisły przed nim spór, mają zgodny z prawem cel i czy krajowe władze ustawodawcze lub wykonawcze mogą w sposób zasadny twierdzić, że przy wzięciu pod uwagę zakresu uznania, którym dys-

[330] Zakaz ten nie obowiązuje zatem względem środków krajowych, które nie mają związku z tym prawem. Por. wyrok z 23 września 2008 roku w sprawie Birgit Bartsch v. Bosch und Siemens Hausgeräte (BSH) Altersfürsorge GmbH, C-427/06, ECR 2008, s. I–7245.

[331] Wyrok z 16 października 2007 roku w sprawie Félix Palacios de la Villa v. Cortefiel Servicios SA, C-411/05, ECR 2007, s. I–8531, pkt 68. W rezultacie Trybunał uznał, że: „Wykładni zakazu wszelkiej dyskryminacji ze względu na wiek, o którym stanowi dyrektywa Rady 2000/78 z dnia 27 listopada 2000 r. ustanawiająca ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy, należy dokonać w ten sposób, że nie sprzeciwia się on uregulowaniu krajowemu takiemu jak to, będące przedmiotem sporu w postępowaniu przed sądem krajowym, na podstawie którego za ważne uznaje się klauzule o obowiązkowym przejściu na emeryturę, zawarte w układach zbiorowych pracy i stawiające jako jedyne wymogi ukończenie przez pracownika określonego wieku umożliwiającego nabycie uprawnień emerytalnych, ustalonego przez uregulowanie krajowe na 65 lat, i spełnienie pozostałych kryteriów z zakresu zabezpieczenia społecznego umożliwiających nabycie uprawnień do emerytury z systemu składkowego, gdy przepis ten, wprawdzie oparty na wieku, jest obiektywnie i racjonalnie uzasadniony, w ramach prawa krajowego, słusznym celem związanym z polityką zatrudnienia i rynkiem pracy oraz środki podjęte dla realizacji tego celu interesu ogólnego nie wydają się być niewłaściwe i niekonieczne dla tego celu".

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

> ponują państwa członkowskie w zakresie polityki społecznej, wybrane środki są właściwe i konieczne dla osiągnięcia tego celu[332].

Kolejne wyroki Trybunału również odnoszą się do oceny prawnie uzasadnionego celu oraz proporcjonalności zastosowanych środków. I tak, w wyroku z 18 czerwca 2009 roku w sprawie David Hütter v. Technische Universität Graz[333] uznał za sprzeczną z dyrektywą normę krajową, która dla zapewnienia nietraktowania w sposób mniej korzystny wykształcenia ogólnego w stosunku do wykształcenia zawodowego oraz wspierania wchodzenia młodych stażystów na rynek pracy wyklucza uwzględnienie okresów zatrudnienia przed ukończeniem 18 roku życia dla potrzeb zaszeregowania pracowników kontraktowych w służbie publicznej państwa członkowskiego, z tego względu, że nie był to środek właściwy do osiągnięcia tych dwóch celów. Podobnie w wyroku z 19 stycznia 2010 roku w sprawie Seda Kücükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG[334] stwierdził, że:

> wykładni prawa Unii, a dokładniej zasady niedyskryminacji ze względu na wiek skonkretyzowanej w dyrektywie 2000/78, należy dokonywać w ten sposób, że stoi ona na przeszkodzie obowiązywaniu przepisu krajowego takiego jak w sporze przed sądem krajowym, który przewiduje, że okresy zatrudnienia ukończone przez pracownika, zanim osiągnął on wiek 25 lat, nie są uwzględniane przy obliczaniu okresu wypowiedzenia stosunku pracy.

Trybunał znowu zatem odwołał się do ogólnej zasady niedyskryminacji ze względu na wiek, wskazał jednak, że ma ona taki

---

[332] Wyrok z 5 marca 2009 roku w sprawie The Incorporated Trustees of the National Council on Ageing (Age Concern England) v. Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform, C-388/07, ECR 2009, s. I–1569, pkt. 51–52. Następnie Trybunał odniósł się do regulacji dyrektywy 2000/78 dotyczącej dyskryminacji pośredniej, stąd ta część wyroku zostanie szerzej omówiona w trzecim rozdziale pracy w kontekście rozgraniczania dyskryminacji bezpośredniej oraz pośredniej.

[333] C-88/08, ECR 2009, s. I–5325, pkt. 52.

[334] C-555/07, ECR 2010, s. I–365, pkt 43.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

status, gdyż stanowi konkretne zastosowanie ogólnej zasady równości traktowania[335]. Co ciekawe, uznał, że na sądzie krajowym, przed którym zawisł spór między jednostkami, spoczywa obowiązek zagwarantowania jej przestrzegania poprzez niestosowanie, w razie potrzeby, jakichkolwiek sprzecznych z nią przepisów prawa krajowego, niezależnie od przysługującego mu w wypadkach wskazanych w art. 267 akapit drugi TFUE uprawnienia do zwrócenia się do Trybunału w trybie prejudycjalnym o wykładnię tej zasady.

W wyroku z 12 października 2010 roku w sprawie Ingeniørforeningen i Danmark, działający w imieniu Olego Andersena v. Region Syddanmark[336] Trybunał oceniał regulację krajową, zgodnie z którą pracownicy uprawnieni do emerytury wypłacanej przez pracodawcę z systemu emerytalnego, do którego przystąpili przed ukończeniem 50. roku życia, nie mogą, wyłącznie z uwagi na swój wiek, korzystać z odprawy z tytułu rozwiązania stosunku pracy. Taka regulacja wykracza poza to, co jest konieczne do osiągnięcia prawnie uzasadnionego celu i z tego względu jest sprzeczna z dyrektywą.

Natomiast w wyroku z 12 stycznia 2010 roku w sprawie Domnica Petersen v. Berufungsausschuss für Zahnärzte für den Bezirk Westfalen-Lippe[337] zajął odmienne stanowisko, bowiem uznał za zgodny z art. 6 ust. 1 przepis krajowy, ustanawiający górną granicę 68 lat dla wykonywania działalności lekarza dentysty w ramach ubezpieczenia zdrowotnego, jeśli jego celem jest podział szans zawodowych między pokoleniami w ramach tego zawodu, a z uwagi na sytuację na rynku pracy, przepis ten jest właściwy i konieczny dla osiągnięcia tego celu[338]. Bardzo zbliżony charakter miało również rozstrzygnięcie

---

[335] Ibidem, pkt 50. Stąd w doktrynie zauważa się, że Trybunał zmierza w kierunku uznania, że istnieje jedna ogólna zasada równego traktowania, której szczególnym wyrazem są zakazy dyskryminacji ze względu na poszczególne kryteria. Por. szerzej T. Roes, *Case C-555/07, Seda Kücükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG*, „Columbia Journal of European Law" 2010, t. 16, nr 3, s. 515.

[336] C-499/08, ECR 2010, s. I–9343.

[337] C-341/08, ECR 2010, s. I–47, pkt 78.

[338] Podobnymi motywami kierował się Trybunał, wydając wyrok z 12 października 2010 w sprawie Gisela Rosenbladt v. Oellerking Gebäudereinigungsges. MbH, C-45/09, ECR 2010, s. I–9391. Wskazał tam, że nie jest sprzeczny z art. 6 ust. 1

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

z 18 listopada 2010 roku w sprawie Wasił Iwanow Georgiev v. Techniczeski uniwersitet – Sofija, filiał Płowdiw[339], w którym Trybunał uznał za zgodne z art. 6 ust. 1 przepisy krajowe, zgodnie z którymi profesorowie uniwersyteccy przechodzą obowiązkowo na emeryturę z chwilą ukończenia 68. roku życia, zaś kontynuacja ich działalności zawodowej po ukończeniu 65. roku życia możliwa jest jedynie w oparciu o umowy na czas określony, które mogą być ponownie zawierane jedynie dwukrotnie, pod warunkiem że przepisy te realizują zgodny z prawem cel w szczególności w zakresie polityki zatrudnienia i rynku pracy, taki jak wdrożenie wysokiej jakości nauczania oraz optymalny międzypokoleniowy rozdział stanowisk profesorskich, a także pod warunkiem, że przepisy te pozwalają na osiągnięcie tego celu za pomocą właściwych i koniecznych środków. Wskazał przy tym, że zadaniem sądu krajowego jest ustalenie, czy przesłanki te zostały spełnione, choć zarazem wstępnie uznał proporcjonalność takich regulacji.

Z kolei w wyroku z 8 września 2011 roku w sprawach Sabine Hennigs v. Eisenbahn-Bundesamt oraz Land Berlin v. Alexander Mai[340] ocenił postanowienia układu zbiorowego pracy, które przewidywały określanie na podstawie wieku szczebla zaszeregowania i wynagrodzenia zasadniczego pracownika kontraktowego sektora publicznego w chwili jego zatrudnienia, jako sprzeczne z zasadą niedyskryminacji ze względu na wiek, ustanowioną w art. 21 Karty Praw Podstawowych i skonkretyzowaną w dyrektywie 2000/78, w szczególności w jej art. 2

dyrektywy 2000/78 przepis krajowy, zgodnie z którym dopuszczalne są postanowienia o automatycznym rozwiązywaniu umów o pracę z uwagi na osiągnięcie przez pracownika wieku emerytalnego w zakresie, w jakim, po pierwsze, przepis ten jest obiektywnie i racjonalnie usprawiedliwiony uzasadnionym celem z zakresu polityki zatrudnienia i rynku pracy, a po drugie, środki służące realizacji tego celu są właściwe i konieczne. Wprowadzenie tego zezwolenia w drodze układu nie jest samo w sobie wyłączone spod jakiejkolwiek kontroli sądowej, lecz zgodnie z wymogami art. 6 ust. 1 tej dyrektywy powinno także realizować taki uzasadniony cel w sposób właściwy i konieczny. Trybunał nie dopatrzył się jednak w tej sprawie naruszenia wymogów wynikających z zasady proporcjonalności.

[339] Sprawy połączone C-250 i 268/09, ECR 2010, s. I-11869.

[340] Sprawy połączone C-297 i 298/10, niepubl., dostępny na stronie curia.europa.eu.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

i art. 6 ust. 1. Stwierdził bowiem, że takie regulacje wykraczają poza to, co jest konieczne i właściwe do osiągnięcia słusznego celu, który polega na uwzględnieniu doświadczenia zawodowego, jakie pracownik nabył przed zatrudnieniem. Dodał przy tym, że:

> kryterium oparte na czasie trwania zatrudnienia albo na nabytym doświadczeniu zawodowym, bez względu na wiek, lepiej służyłoby, z punktu widzenia dyrektywy 2000/78, osiągnięciu wspomnianego powyżej, słusznego celu. Okoliczność, że w przypadku bardzo wielu pracowników zatrudnionych w młodym wieku szczebel zaszeregowania odpowiada ich doświadczeniu zawodowemu, a kryterium oparte na wieku jest najczęściej tym samym co czas trwania zatrudnienia, nie zmienia tej oceny[341].

Jak widać, duże znaczenie przy ustalaniu zgodności przepisów krajowych z art. 6 ust. 1 dyrektywy ma zarówno to, czy są one uzasadnione zgodnym z prawem celem, jak również, czy są proporcjonalne. Oceną tych kwestii zajmuje się sąd krajowy, ale Trybunał dostarcza w tym względzie istotnych wskazówek. W odniesieniu do pierwszego zagadnienia wskazuje, że cele z zakresu polityki społecznej, takie jak cele związane z polityką zatrudnienia, rynku pracy i kształcenia zawodowego mogą stanowić wystarczające uzasadnienie przepisów, których stosowanie prowadzi do dyskryminacji ze względu na wiek. Podlegają one niekiedy doprecyzowaniu, jak np. w wyżej omówionej sprawie *Petersen*, gdzie wskazano, że chodzi o podział szans zawodowych między pokoleniami. Natomiast nie należą do prawnie uzasadnionych celów w świetle art. 6 ust. 1 dyrektywy 2000/78 m.in. względy budżetowe[342] oraz bezpieczeństwo lotów[343].

---

[341] Ibidem, pkt 77.

[342] Por. wyrok z 21 lipca 2011 roku w sprawie Gerhard Fuchs i Peter Köhler v. kraj związkowy Hesja, sprawy połączone C-159 i 160/10, pkt 74, niepubl., dostępny na stronie curia.europa.eu.

[343] Por. wyrok z 13 września 2011 roku w sprawie Reinhard Prigge, Michael Fromm i Volker Lambach v. Deutsche Lufthansa AG, C-447/09, pkt 82 niepubl., dostępny na stronie curia.europa.eu.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

Jeśli chodzi o proporcjonalność przepisów realizujących wskazane wyżej uzasadnione cele, to Trybunał zwraca uwagę na szeroki margines uznania państw członkowskich w zakresie wyboru środków, które uznają za właściwe[344]. Do sądu krajowego należy zaś ocena, w świetle zasad jego prawa krajowego, wartości dowodowej przedstawionych mu informacji, które mogą zawierać w szczególności dane statystyczne. W rezultacie Trybunał dochodzi do wniosku, że:

> aby wykazać właściwy i konieczny charakter danego środka, środek ten nie może wydawać się nierozsądny z punktu widzenia realizowanego celu i musi być oparty na informacjach, których wartość dowodową ocenia sąd krajowy[345].

Warto zarazem zauważyć, że ten stosunkowo łagodny standard kontroli zgodności z zasadą proporcjonalności (na co wskazuje formuła „nie wydaje się nierozsądny") jest stosowany w przypadku, gdy przedmiotem kontroli są granice wieku dla wykonywania zawodów[346]. Natomiast w sprawach dotyczących warunków zatrudnienia test ten jest bardziej rygorystyczny[347]. W każdym razie ostatnie zdanie w tym względzie należy do sądów krajowych, które w rezultacie odgrywają niezwykle ważną rolę w kontekście oceny zgodności przepisów krajowych z art. 6 ust. 1 dyrektywy 2000/78. Dokonywanie tego typu ocen

---

[344] W cytowanym wyżej wyroku z sprawach połączonych C-159 i 160/10 Trybunał wskazał, że „wybór ten może wynikać zatem z uwarunkowań porządku gospodarczego, społecznego, demograficznego lub budżetowego, które obejmują istniejące i możliwe do zweryfikowania dane, lecz również z przewidywań, które ze względu na swój charakter mogą okazać się niedokładne i kryją w związku z tym w sobie pewien stopień niepewności. Taki środek może ponadto wynikać z uwarunkowań politycznych, które implikują często kompromis pomiędzy licznymi możliwymi rozwiązaniami i które nie pozwalają również na traktowanie zamierzonego rezultatu jako pewnika" (pkt 81 wyroku).

[345] Wyrok w sprawach C-159 i 160/10, pkt 83.

[346] Por. np. cytowane wyżej wyroki w sprawach *Palacios de la Villa*, C-411/05, pkt 72; *Rosenbladt*, C-45/09, pkt 51; *Georgiev*, C-250 i 268/09, pkt 51, *Fuchs i Köhler*, C-159 i 160/10, pkt 83.

[347] Por. np. cytowane wyżej wyroki w sprawach *Hütter*, C-88/08, pkt. 48–49; *Andersen*, C-499/08, pkt 47 czy *Seda Kücükdeveci*, C-555/07, pkt 40.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

nie jest jednak łatwym zadaniem, stąd też taka liczba rozstrzygnięć Trybunału Sprawiedliwości dotyczących zakazu dyskryminacji ze względu na wiek, a konkretniej wyjątków od tego zakazu.

4.7. Orientacja seksualna

Mianem orientacji seksualnej określa się pociąg do osób tej samej płci (homoseksualizm), innej płci (heteroseksualizm) albo zarówno tej samej, jak i innej płci (biseksualizm)[348]. Kryterium to ma specyficzny charakter, bowiem wiąże się ściśle z prywatnością danej osoby. Orientacja seksualna stanowi ukrytą cechę, która nie jest widoczna „na pierwszy rzut oka", ale raczej oceniamy ją na podstawie pewnych stereotypów, jak sposób ubierania, mówienia czy zachowania[349]. Dlatego też dyskryminacja z tego względu ma miejsce, gdy dana osoba jest traktowana w odmienny sposób, choćby w związku z założeniem dotyczącym orientacji seksualnej. Nie jest natomiast istotne to, czy rzeczywiście ta osoba jest gejem lub lesbijką, czy też nie – w obu przypadkach doświadcza ona dyskryminacji ze względu na orientację seksualną[350].

Instytucje unijne już od jakiegoś czasu podejmują działania związane z ochroną osób o odmiennej orientacji seksualnej. Na przykład, Komisja Europejska przyjęła 27 listopada 1991 roku zalecenie 92/131 o ochronie godności kobiet i mężczyzn w pracy, w którym odniosła się również do zagadnienia molestowania ze względu na orientację sek-

---

[348] A. Zwolińska, op. cit., s. 16. W związku z tym, że płeć jest istotnym elementem podanej definicji w doktrynie wyrażany jest pogląd, iż dyskryminacja ze względu na orientację seksualną jest równocześnie dyskryminacją opartą na płci, bowiem to płeć partnera decyduje o jej zaistnieniu. Por. szerzej R. Wintemute, *Recognising New Kinds of Direct Sex Discrimination: Transsexualism, Sexual Orientation and Dress Codes*, „Modern Law Review" 1997, t. 60, nr 3, 347. Ani Trybunał Sprawiedliwości, ani też państwa członkowskie nie podzieliły jednak tego stanowiska, uznając orientację seksualną za odrębne kryterium.

[349] Por. szerzej H. Oliver, *Sexual Orientation Discrimination: Perceptions, Definitions and Genuine Occupational Requirements*, „Industrial Law Journal" 2004, t. 33, nr 1, s. 4–5.

[350] Słusznie zwraca na to uwagę M. Bell, *Anti-Discrimination Law and…*, s. 115.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

sualną jako zachowania, które narusza godność osób pracujących[351]. Natomiast Parlament Europejski był najbardziej aktywną instytucją unijną w tym obszarze – przyjął szereg rezolucji dotyczących praw homoseksualistów oraz walki z homofobią m.in. w 1994 roku rezolucję o równych prawach dla gejów i lesbijek we Wspólnotach Europejskich[352]. W trakcie prac nad Traktatem Amsterdamskim tzw. Grupa Refleksyjna wyraźnie opowiedziała się za odrębnym uregulowaniem w Traktacie niedyskryminacji ze względu na orientację seksualną[353]. W związku z tym, że kryterium to zostało uwzględnione w art. 13 TWE, odnosi się do niego również dyrektywa 2000/78.

Należy zauważyć, że akt ten przewiduje szczególną regulację dotyczącą ciężaru dowodu – „pozwany nie ma obowiązku udowadniania, że powód jest wyznawcą danej religii, posiada określone przekonania, jest w szczególny sposób niepełnosprawny, jest w danym wieku lub określonej orientacji seksualnej" (ustęp 31 preambuły). Postanowienie to ma szczególne konsekwencje dla omawianego kryterium, bowiem zmusza powoda do wykazania, że posiada odmienną orientację seksualną. Jest to o tyle niepokojące, że koliduje z prawem do prywatności i może zniechęcić wiele osób do dochodzenia swoich praw[354]. W dyrektywie nie przewidziano wprawdzie odrębnych wyjątków od zakazu dyskryminacji ze względu na orientację seksualną, jednakże zawiera ona pewne istotne zastrzeżenie w ustępie 22 preambuły. Wskazuje się tam, że „dyrektywa nie narusza przepisów prawa krajowego dotyczących stanu cywilnego i wynikających z tego świadczeń". Tymczasem status małżeński jest często podstawą do pośredniej dyskryminacji ze względu na orientację seksualną[355]. Jak bowiem zauważa się w dok-

---

[351] Dz. Urz. L 49 z 24.2.1992, s. 1–8. Por. szerzej L. Flynn, *The Implications of Article 13 EC*..., s. 1147.

[352] Dz. Urz. C 61 z 28.02. 1994, s. 40.

[353] Por. szerzej Ł. Horała, *Zakaz dyskryminacji ze względu na orientację seksualną w prawie Unii Europejskiej,* „Przegląd Prawa Europejskiego" 2005, nr 1, s. 24.

[354] M Bell, *Anti-Discrimination Law and…*, s. 115.

[355] Podobnie wymóg noszenia sukni czy spódnic może stanowić dyskryminację pośrednią ze względu na orientację seksualną, choć pracodawca może go próbować uzasadnić np. potrzebą stworzenia profesjonalnego wizerunku firmy. Por. szerzej M. Bell, *Sexual Orientation in Employment: An Evolving Role for the European Union*,

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

trynie, w praktyce występują trzy podstawowe formy dyskryminacji związane z relacją między partnerami:

a) między nie pozostającymi w związku małżeńskim partnerami różnych płci oraz tej samej płci (nie występuje tu kryterium małżeństwa, a zatem ma miejsce dyskryminacja bezpośrednia ze względu na orientację seksualną);
b) między małżonkami różnej płci oraz zarejestrowanymi związkami partnerskimi osób tej samej płci (w tej sytuacji może dochodzić do bezpośredniej lub pośredniej dyskryminacji ze względu na orientację seksualną, w zależności od tego, czy prawo krajowe wiąże te same prawa i obowiązki z obiema kategoriami związków);
c) między małżonkami różnej płci oraz partnerami tej samej płci nie pozostającymi w związku małżeńskim (pośrednia dyskryminacja ze względu na orientację seksualną) [356].

Pierwszej z wymienionych sytuacji dotyczył wyrok z 17 lutego 1998 roku w sprawie Grant v. South-West Trains Ltd[357], w którym Trybunał wyraźnie odniósł się do orientacji seksualnej i stwierdził, że stanowi ona odrębne od płci kryterium dyskryminacji. Uznał tam bowiem, że odmowa pracodawcy udzielenia zniżek na podróżowanie dla osoby tej samej płci pozostającej w stałym związku z pracownikiem w sytuacji, gdy takie zniżki są udzielane małżonkom lub osobom innej płci pozostającym w stałym związku z pracownikiem, nie stanowią dyskryminacji w rozumieniu art. 141 TWE oraz dyrektywy 75/117, a zatem dyskryminacji ze względu na płeć. Wskazał przy tym, że w chwili wydawania wyroku prawo wspólnotowe nie regulowało zagadnienia dyskryminacji ze względu na orientację seksualną, jednakże Traktat Amsterdamski wprowadził nowe postanowienie art. 13 TWE (obecnie art. 19 TFUE), które upoważniło Radę do podję-

[w:] *Legal Recognition of Same-Sex Partnership. A Study of National, European and International Law*, R. Wintemute, M. Andenæs (red.), Oxford 2001, s. 660.

[356] Tak K. Waaldijk, *Towards the Recognition of Same-Sex Partners in the European Union Law: Expectations Based on Trends in National Law*, [w:] *Legal Recognition of Same-Sex Partnership. A Study of National, European and International Law*, R. Wintemute, M. Andenæs (red.), Oxford 2001, s. 645.

[357] C-249/96, ECR 1998, s. I–621.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

cia środków niezbędnych w celu zwalczania wszelkiej dyskryminacji ze względu na płeć, rasę lub pochodzenie etniczne, religię lub światopogląd, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną[358]. Trybunał pozostawił zatem państwom członkowskim decyzję odnośnie do regulacji tej kwestii, co można wiązać z jego ogólnie ostrożnym podejściem do zagadnień o etycznym i religijnym wymiarze[359].

Wyrok z 31 maja 2001 roku w sprawie D i Szwecja v. Rada UE[360] dotyczył natomiast drugiej z sytuacji tzn. odmowy przyznania przez Radę UE, która była pracodawcą powoda, zasiłku rodzinnego dla jego partnera z tego względu, że nie był on jego małżonkiem. Sąd odrzucił skargę, wskazując m.in. na to, że termin małżonek nie obejmuje partnerów pozostających w zarejestrowanym związku (wskazywał przy tym, że Rada mogła przyjąć autonomiczną definicję małżeństwa, nie odnosząc się do regulacji państw członkowskich). D i Szwecja odwołali się do Trybunału Sprawiedliwości, który jednak nie uwzględnił apelacji i utrzymał wyrok Sądu. Stwierdził bowiem m.in., że:

> jeśli chodzi o naruszenie zasady równego traktowania ze względu na orientację seksualną, jest oczywistym, iż to nie płeć partnera determinuje przyznanie zasiłku rodzinnego, lecz prawna istota więzi pomiędzy urzędnikiem a jego partnerem[361].

Trybunał nie odrzucił jednak wąskiej interpretacji pojęcia małżeństwa przyjętej przez Sąd, wskazując, że według powszechnie akceptowanej przez państwa członkowskie definicji oznacza ono związek osób odmiennej płci. Nie przesądził również, czy w takim przypadku,

---

[358] Ibidem, pkt 47–48.

[359] Trybunał unikał bowiem wydawania wiążących rozstrzygnięć w takich spraw, jak handel niedzielny, regulacja pornografii czy aborcja. Wyrok w sprawie *Grant* może być traktowany jako kontynuacja tego ostrożnego podejścia. Por. szerzej M. Bell, *Shifting Conceptions of Sexual Discrimination at the Court of Justice: from P v S to Grant v SWT*, „European Law Journal" 1999, t. 5, nr 1 s. 77. Por. też S. Terrett, *A Bridge Too Far? Non–Discrimination and Homosexuality in European Community Law*, „European Public Law" 1998, t. 4, nr 4, s. 506, który zauważa, że w pewnym sensie Trybunał znalazł się w sytuacji bez wyjścia.

[360] Sprawy połączone C-122 i 125/99 P, ECR 2001, s. I–4319.

[361] Ibidem, pkt 47.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

jak będący podstawą rozstrzygnięcia, a zatem porównania osoby pozostającej w związku małżeńskim z osobą pozostającą w zarejestrowanym związku partnerskim, mamy do czynienia z dyskryminacją bezpośrednią, czy też pośrednią ze względu na orientację seksualną.

Do tego zagadnienia odniósł się jednak w wyroku z 1 kwietnia 2008 roku w sprawie Tadao Maruko v. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen (VddB)[362], która dotyczyła odmowy przyznania renty pozostałemu przy życiu partnerowi, pozostającemu wcześniej w zarejestrowanym związku. Organ ubezpieczeniowy, do którego wniesiono wniosek o rentę, odrzucił go, argumentując, że świadczenie to przysługuje jedynie małżonkowi zmarłej osoby. W toku postępowania zarówno powód, jak i Komisja wyraziły pogląd, że odmowa przyznania renty rodzinnej pozostałemu przy życiu zarejestrowanemu partnerowi stanowi pośrednią dyskryminację w rozumieniu dyrektywy 2000/78, ponieważ dwie osoby tej samej płci nie mogą w Niemczech zawrzeć małżeństwa, a tym samym nie mogą korzystać ze świadczenia, z którego korzystanie jest zastrzeżone dla pozostałych przy życiu małżonków. Podobne stanowisko zajął rzecznik generalny Colomer w swojej opinii[363]. Tymczasem Trybunał stwierdził, że jeśli:

> sąd odsyłający stwierdzi, iż pozostali przy życiu małżonkowie i pozostali przy życiu zarejestrowani partnerzy znajdują się w porównywalnej sytuacji w odniesieniu do tej samej renty rodzinnej, należy w konsekwencji uznać, że uregulowanie takie, jak analizowane w sprawie głównej powoduje bezpośrednią dyskryminację ze względu na orientację seksualną w rozumieniu art. 1 i 2 ust. 2 pkt a) dyrektywy 2000/78[364].

Ostatecznie zatem to sąd krajowy miał rozstrzygnąć o podobieństwie sytuacji zarejestrowanego partnera oraz małżonka, choć pośrednio Trybunał opowiedział się za porównywalnością sytuacji, określając wystarczająco jasne kryteria. Znowu więc zachował daleko idącą ostrożność i sam nie przesądził tej kwestii, starając się zacho-

---

[362] C-267/06, ECR 2008, s. I–1757.

[363] Por. opinię z 6 września 2007 roku w sprawie Tadao Maruko v. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen (VddB) C-267/06, ECR 2008, s. I–1757, pkt. 96–104.

[364] Pkt 73 wyroku w sprawie C-267/06.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

wać równowagę między interesami i celami Unii a autonomią państw członkowskich[365]. Należy jednak zauważyć, że było to pierwsze rozstrzygnięcie stwierdzające dyskryminację ze względu na orientację seksualną, co może świadczyć o pewnej zmianie podejścia Trybunału do związków osób tej samej płci[366].

Ponownie w tej kwestii wypowiedział się w wyroku z 10 maja 2011 roku w sprawie Jürgen Römer v. Freie und Hansestadt Hamburg[367], która dotyczyła przepisów krajowych uzależniających sposób obliczania uzupełniającego świadczenia emerytalnego od tego, czy dana osoba pozostawała w związku małżeńskim. Natomiast powód zawarł związek partnerski. Trybunał stwierdził, że za sprzeczny z dyrektywą 2000/78 należy uznać przepis:

> zgodnie z którym świadczeniobiorca pozostający w związku partnerskim otrzymuje uzupełniające świadczenia emerytalne w niższej wysokości niż świadczeniobiorca pozostający w związku małżeńskim, jeśli w danym państwie członkowskim małżeństwo jest zastrzeżone dla osób odmiennej płci i współistnieje z zarejestrowanym związkiem partnerskim, który jest zastrzeżony dla osób tej samej płci oraz istnieje bezpośrednia dyskryminacja ze względu na orientację seksualną, ponieważ w prawie krajowym zarejestrowany partner znajduje się sytuacji prawnej i faktycznej porównywalnej z sytuacją osoby pozostającej w związku małżeńskim w odniesieniu do tego świadczenia[368].

---

[365] Wyrazem tej równowagi jest również stwierdzenie, iż „stan cywilny i wynikające z tego świadczenia to kwestie, które należą do kompetencji państw członkowskich i prawo wspólnotowe tej kompetencji nie narusza. Należy jednak przypomnieć, że przy wykonywaniu tej kompetencji państwa członkowskie powinny przestrzegać prawa wspólnotowego, w szczególności przepisów dotyczących zasady niedyskryminacji" (pkt 59 wyroku). Por. szerzej M. Ziółkowski, *Problem wspólnotowego zakazu dyskryminacji homoseksualnych partnerów w zarejestrowanych związkach partnerskich*, „Europejski Przegląd Sądowy" 2009, nr 10, s. 37.

[366] Słusznie zwrócił na to uwagę A. Bodnar, *Zakaz dyskryminacji osób homoseksualnych pozostających w związkach partnerskich – glosa do wyroku ETS z 1.04.2008 w sprawie C-267/06 Tadao Maruko przeciwko Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, „Europejski Przegląd Sądowy" 2008, nr 10, s. 46.

[367] C-147/08, niepubl., dostępny na stronie curia.europa.eu.

[368] Ibidem, pkt 54.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

Ocena w tym względzie została powierzona sądowi krajowemu, jednak Trybunał znowu pośrednio opowiedział się za porównywalnością sytuacji, określając kryteria tej oceny (sąd miał wziąć pod uwagę prawa i obowiązki małżonków oraz osób pozostających w zarejestrowanym związku partnerskim, uregulowanych w ramach odpowiadających im instytucji, mających znaczenie w świetle celu i warunków przyznawania rozpatrywanego świadczenia). Jak widać, w orzecznictwie ugruntowuje się pogląd o tym, że jeśli sytuacja osób tej samej płci pozostających w zarejestrowanym związku partnerskim jest porównywalna z tą, w jakiej znajdują się małżonkowie, a są oni inaczej traktowani, to mamy do czynienia z dyskryminacją bezpośrednią ze względu na orientację seksualną. Jednocześnie Trybunał nie wskazuje przyczyn, dla których przyjął właśnie taką interpretację. Prawdopodobnie wiąże się to z tym, że od niedawna prezentuje w swoim orzecznictwie stanowisko, zgodnie z którym, jeśli środek ma wprawdzie neutralny charakter, a zatem nie odwołuje się wprost do zakazanego kryterium, jednakże jego skutek jest taki, że ma wpływ nie na większość, ale na wszystkie osoby należące do danej kategorii, to mamy do czynienia z dyskryminacją bezpośrednią[369]. Taka sytuacja miała miejsce w obu omawianych sprawach, a zatem wprawdzie wewnętrzne regulacje VddB, czy też zawarte w ustawie kraju związkowego Hamburga nie opierały się na kryterium orientacji seksualnej, to jednak ich skutek był taki, że wyłączały z określonych korzyści wszystkich partnerów pozostających w zarejestrowanych związkach partnerskich.

W kontekście omawianego wyroku należy też zauważyć, że rzecznik generalny Niilo Jääskinen uznał obowiązywanie zasady niedyskryminacji ze względu na orientację seksualną. W jego opinii:

> na płaszczyźnie ściśle prawnej nie istnieje żadne uzasadnienie dla mniej restrykcyjnego stosowania zasady równego traktowania w odniesieniu do dyskryminacji ze względu na orientację seksualną niż w odniesieniu do dyskryminacji z innych względów wymienionych w art. 13 TWE

[369] Szerzej będzie o tym mowa w ostatnim rozdziale pracy dotyczącym relacji między dyskryminacją pośrednią i bezpośrednią.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

> [...] podobnie jak Trybunał przyjął w odniesieniu do dyskryminacji ze względu na wiek, zakaz dyskryminacji ze względu na orientację seksualną powinien być uznany za ogólną zasadę prawa unijnego[370].

Jak się jednak wydaje, chodzi tu raczej o szczególne zastosowanie ogólnej zasady równego traktowania, zgodnie z poglądem wyrażonym w wyroku *Seda Kücükdeveci*[371].

***

Ogólnie należy zatem zauważyć, że o ile na początku dyskryminacja ze względu na przynależność państwową i płeć były dominującym elementem w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości, o tyle w ostatnim czasie coraz większą rolę odgrywają nowe kryteria uwzględnione w art. 19 TFUE. Rozstrzygnięcia Trybunału dotyczące dyskryminacji na podstawie pochodzenia rasowego lub etnicznego, niepełnosprawności, wieku i orientacji seksualnej nie tylko stanowią ważną wskazówkę odnośnie do interpretacji postanowień omówionych wcześniej dyrektyw 2000/43 i 2000/78, ale również uzupełniają ich postanowienia. Przede wszystkim zaś pokazują, że tak naprawdę nie ma prawnego uzasadnienia dla zróżnicowanego traktowania poszczególnych kryteriów dyskryminacji. Zróżnicowany standard wynikający z regulacji dyrektyw, zwłaszcza jeśli chodzi o ich zakres zastosowania oraz dopuszczalne wyjątki od zakazu dyskryminacji, jest w dużej mierze wynikiem decyzji o politycznym charakterze, a zatem tego, co zaakceptowały państwa członkowskie i co udało się osiągnąć w Radzie. Spore ograniczenie wynika bowiem stąd, że środki przyjmowane na podstawie art. 19 TFUE muszą uzyskać jednomyślność, a ta wymaga wielu kompromisów. Być może jednak zmiany, jakie wprowadził Traktat z Lizbony do postanowień traktatowych odnoszących się do równości i zakazu dyskryminacji, wpłyną też na sposób korzystania z kompetencji uregulowanej w tym przepisie.

---

[370] Pkt. 129 i 131 opinii rzecznika generalnego z 15 lipca 2010 roku w sprawie Jürgen Römer v. Freie und Hansestadt Hamburg C-147/08, niepubl., dostępna na curia.europa.eu.

[371] Wyżej cytowany wyrok w sprawie C-555/07.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

Rozdział II

Ewolucja koncepcji dyskryminacji pośredniej w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości oraz w prawie wtórnym UE

1. Źródła zakazu dyskryminacji pośredniej w prawie międzynarodowym i krajowym*

1.1. Pierwsze regulacje prawa międzynarodowego publicznego

Jak wskazuje się w doktrynie, najwcześniejszym odniesieniem do dyskryminacji pośredniej jest to, które odnajdziemy w Déclaration des Droits Internationaux de l'Homme z 1929 roku. W art. 5 przewidziano tam, że „L'égalité [...] exclude toute discrimination directe ou indirecte" (równość [...] wyłącza wszelką dyskryminację bezpośrednią lub pośrednią)[1]. Dokument ten miał jednak niewiążący charakter i nie doprecyzowano w nim, co należy rozumieć pod pojęciem dyskryminacji pośredniej[2].

* Podrozdział opracowany na podstawie Ch. Tobler, *Indirect Discrimination: A Case Study into the Development of the Legal Concept of Indirect Discrimination under EC Law*, Antwerpia–Oxford 2005, s. 89–96.

[1] Ibidem, s. 89.

[2] D. Schiek, *Indirect Discrimination*, [w:] *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, D. Schiek, L. Waddington, M. Bell (red.), Oxford 2007, s. 334.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

Ponadto regulacje zawarte w traktatach, głównie tych, które dotyczyły ochrony mniejszości narodowych, odnosiły się do równości prawnej i faktycznej (ang. *equality in law and in fact*). Na przykład, art. 8 Traktatu o ochronie polskich mniejszości narodowych z 1919 roku przewidywał:

> Obywatele polscy należący do mniejszości etnicznych, religijnych lub językowych będą korzystali z takiego samego traktowania i z takich samych **gwarancji prawnych i faktycznych** [podkreślenie J. M.-N.], jak inni obywatele polscy.

Do tej regulacji odnosiła się opinia doradcza Stałego Trybunału Sprawiedliwości Międzynarodowej z 10 września 1923 roku w sprawie niemieckich osadników w Polsce[3]. Trybunał wskazał tam, że zawierając Traktat o ochronie mniejszości Polska zobowiązała się do tego, że wszyscy polscy obywatele korzystają z tych samych praw oraz takiego samego traktowania prawnego i faktycznego. Fakt, że przepisy prawne nie przewidują dyskryminacyjnego traktowania, nie ma szczególnego znaczenia, skoro musi być zapewniona także równość faktyczna[4]. Stanowisko to można traktować jako zalążek koncepcji dyskryminacji pośredniej, przy czym należy pamiętać, że nie do końca odpowiada ona równości faktycznej, gdyż ta ostatnia wiąże się również z podejmowaniem działań pozytywnych. Natomiast w ramach zakazu dyskryminacji pośredniej dopuszcza się możliwość jej uzasadnienia i wówczas mamy do czynienia ze swoistym ważeniem argumentów związanych z równością prawną oraz faktyczną[5].

---

[3] Stan faktyczny sprawy i rozstrzygnięcie Trybunału w wersji polskiej, [w:] *Prawo międzynarodowe publiczne. Wybór orzecznictwa. Część I. Orzecznictwo sądów międzynarodowych*, Łódź 2007, s. 7–11, dostępne na stronie: http://www.grocjusz.edu.pl/Files/orzecznictwo_1.pdf (data dostępu: 20.11.2011)

[4] Por. Ch. Tobler, *Indirect Discrimination*.., s. 91. Autorka przedstawia szerzej również dwie kolejne opinie doradcze STSM z 4 lutego 1931 roku w sprawie polskich mniejszości w Wolnym Mieście Gdańsku oraz z 6 kwietnia 1935 roku w sprawie szkół należących do mniejszości w Albanii, które odnosiły się do koncepcji równości prawnej i faktycznej.

[5] D. Schiek, *Indirect Discrimination*…, s. 335.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

Ogólnie należy zatem stwierdzić, że idea dyskryminacji pośredniej pojawiła się stosunkowo wcześnie, a jej początków należy poszukiwać w aktach oraz orzecznictwie międzynarodowym. Jakkolwiek STSM nie rozwinął szerzej tej koncepcji i jej definicji, odnosząc się raczej do równości faktycznej i przeciwstawiając ją równości prawnej, to w swoich opiniach wskazał wyraźnie, że ta ostatnia nie jest wystarczająca. Oznacza to, że trzeba brać pod uwagę nie tylko brzmienie przepisów prawnych, ale także to, jakie skutki one wywołują. Owo przeciwstawienie „zamiaru" i „skutku" jest zaś istotne przy odróżnianiu dyskryminacji bezpośredniej i pośredniej.

1.2. Doktryna „zróżnicowanego wpływu" (ang. *disparate impact doctrine*) w prawie amerykańskim – wyrok w sprawie Griggs v. Duke Power Co

O ile Trybunał Sprawiedliwości oraz rzecznicy generalni nie powoływali stanowiska STSM, o tyle w opinii do sprawy J.P. Jenkins v. Kingsgate (Clothing Productions) Ltd.[6] oraz w samym postępowaniu przed Trybunałem odwołano się do rozstrzygnięcia amerykańskiego Sądu Najwyższego z 1971 roku w sprawie Griggs v. Duke Power Co[7]. Rozwinięta tam doktryna „zróżnicowanego wpływu" stanowiła niewątpliwie jedno ze źródeł inspiracji dla Trybunału Sprawiedliwości[8].

Sprawa *Griggs* dotyczyła dyskryminacji rasowej zakazanej zgodnie z tytułem VII ustawy o prawach obywatelskich (Civil Rights Act) z 1964 roku. Po jej przyjęciu Duke Power Company stosowała taką politykę zatrudnieniową, w ramach której wymagała od pracowników przedstawienia dyplomu ukończenia szkoły wyższej lub zdania

[6] Opinia rzecznika generalnego Warnera w sprawie J.P. Jenkins v. Kingsgate (Clothing Productions) Ltd, 96/80, ECR 1981, s. 911.

[7] Orzeczenie Sądu Najwyższego w sprawie *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971).

[8] W doktrynie wskazuje się nawet, że pierwowzorem dla koncepcji europejskiej dyskryminacji pośredniej były rozwiązania amerykańskie. Por. szerzej. I. Boruta, *Dyskryminacja pośrednia w pracy ze względu na płeć w prawie Wspólnoty Europejskiej*, „Studia Prawno-Europejskie", M. Seweryński (red.), Łódź 1996, s. 98.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

testu na inteligencję. Ta praktyka miała niekorzystny wpływ na grupę czarnoskórych obywateli, bowiem z uwagi na niższy poziom wykształcenia nie mieli oni szans sprostać tym wymogom. Kiedy sprawa dotarła do Sądu Najwyższego (sądy niższych instancji nie dopatrzyły się bowiem naruszenia zakazu dyskryminacji), uznał on, że zgodnie z ustawą, praktyki, procedury czy testy, które mają charakter neutralny, nawet jeśli chodzi o zamiar, jaki się za nimi kryje, nie mogą zostać utrzymane w przypadku, gdy zmierzają do utrzymania wcześniejszych dyskryminacyjnych praktyk w dziedzinie zatrudnienia. Jego zdaniem ustawa zakazuje również takich praktyk, które są wprawdzie sprawiedliwe formalnie, ale dyskryminacyjne w działaniu (ang. *fair in form but discriminatory in operation)*, podstawowe kryterium w tym względzie stanowi rzeczywista konieczność przedsiębiorstwa[9]. Sąd doszedł zatem do wniosku, że działanie neutralne w momencie jego podejmowania może zostać uznane za dyskryminacyjne, jeśli ma znacząco różny wpływ na grupę chronioną – ważny jest bowiem sam efekt postępowania[10]. Pracodawca może jednak bronić się przed tym zarzutem, jeśli wykaże, że zastosowany przez niego środek był podyktowany „koniecznością przedsiębiorstwa" (ang. *business necessity*)[11].

Należy zatem stwierdzić, że chociaż amerykańska ustawa o prawach obywatelskich (Civil Rights Act) z 1964 roku nie przewidywała wprost zakazu dyskryminacji pośredniej, ani też nie zawierała jej definicji, to jednak Sąd Najwyższy uznał ją za niedozwoloną i przybliżył jej istotę. Trwałym elementem, wynikającym z wyroku w sprawie *Griggs*, jest dwuczęściowy test, jaki należy przeprowadzić, by sprawdzić, czy wystąpiła dyskryminacja pośrednia[12]. Możliwość uzasadnienia przez pracodawców swoich praktyk tzw. koniecznością przedsiębiorstwa, co często sprowadzało się do czysto ekonomicznych elementów, sprawiła, że w 1991 roku przyjęto ustawę o prawach obywatelskich, która

[9] Cyt za: D. Schiek, *Indirect Discrimination…*, s. 348.

[10] Por. I. Boruta, op. cit., s. 99.

[11] Por. T. Loenen, *Indirect Discrimination: Oscillating Between Containment and Revolution*, [w:] *Non-discrimination Law: Comparative Perspectives*, T. Loenen, P. Rodrigues (red.), Martinus Nijhoff 1999, s. 197.

[12] D. Schiek, *Indirect Discrimination…*, s. 349.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

wprowadziła do prawa amerykańskiego definicję „zróżnicowanego wpływu". W sekcji 703 wskazano, że dla ustalenia bezprawności praktyki w dziedzinie zatrudnienia strona skarżąca musi wskazać, że stosowana przez pozwanego praktyka prowadzi do odmiennego wpływu na osoby danej rasy, wyznania, płci lub narodowości, a pozwany nie udowodni, że taka praktyka jest związana z wykonywaniem danej pracy i podyktowana koniecznością przedsiębiorstwa. W ustawie z 1991 roku doprecyzowano, że na taką konieczność można się powołać:

a) w przypadku praktyk związanych z zatrudnieniem, wymagających selekcji (takich jak zatrudnienie, przeniesienie, transfer, promocje, szkolenia, praktyki zawodowe itd.), jeśli praktyki lub grupy praktyk mają istotny wpływ na skuteczne wykonywanie pracy,
b) w przypadku praktyk związanych z zatrudnieniem, które nie dotyczą selekcji, jeśli praktyki lub grupy praktyk mają istotny związek z istotnym celem działalności pracodawcy.

Podkreślono przy tym, że dla wykazania tych okoliczności wymagane są oczywiste dowody, np. statystyki, zeznania ekspertów itd., a sąd dokonuje ich oceny[13].

Jak widać, definicja „zróżnicowanego wpływu" stanowi tak naprawdę rozbudowaną regułę odnoszącą się do ciężaru dowodu[14]. Ciężar dostarczenia wstępnego materiału, potwierdzającego, że miała miejsce dyskryminacja spoczywa na powodzie. Następnie zostaje on „przerzucony" na pozwanego, który może odwołać się do koncepcji konieczności, wiążącej się albo ze skutecznym wykonywaniem pracy, albo też z celem działalności pracodawcy. Jeśli uda mu się ją wykazać, wówczas powód podejmuje dalszą obronę wskazując np. na to, że można było zastosować inny mniej dyskryminacyjny środek.

---

[13] Tekst Civil Rights Act z 1991 roku jest dostępny np. na stronie: http://employment.findlaw.com/employment-discrimination/civil-rights-act-of-1991.html (data dostępu: 20.11.2011).

[14] Por. M. Selmi, *Indirect Discrimination: a Perspective from the United States*, [w:] *Non-discrimination Law: Comparative Perspectives*, T. Loenen, P. Rodrigues (red.), Martinus Nijhoff 1999, s. 216–218.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

1.3. Regulacje prawne obowiązujące w Zjednoczonym Królestwie oraz Irlandii

Wyrok w sprawie *Griggs* doprowadził do przyjęcia pierwszych definicji legalnych dyskryminacji pośredniej, najpierw w Zjednoczonym Królestwie, a następnie w Irlandii. W pierwszym przyjęto w 1975 roku ustawę o dyskryminacji ze względu na płeć (Sex Discrimination Act), którego art. 1 (1) przewidywał, że:

> Dana osoba dyskryminuje kobiety [...] jeśli: a) na podstawie jej płci, traktuje ją mniej korzystnie niż traktuje lub traktowałaby mężczyznę lub b) stosuje wobec niej wymagania lub warunki, które stosuje lub mogłaby stosować także wobec mężczyzny, lecz (i) są one tego typu, że liczba kobiet, do których mogą być zastosowane, jest znacznie mniejsza od liczby mężczyzn, których one dotyczą oraz (ii) które nie mogą być uzasadnione niezależnie od płci osoby, wobec której są stosowane oraz (iii) które są niekorzystne dla kobiety, ponieważ nie może się ona do nich zastosować[15].

Widać zatem wyraźnie, że definicja dyskryminacji pośredniej wskazana w art. 1 (1) (b) nawiązywała do amerykańskiej koncepcji „zróżnicowanego wpływu", jednakże nie odwoływała się wprost do efektu działania[16].

Podobnie w Irlandii podjęto próbę zdefiniowania dyskryminacji pośredniej ze względu na płeć. Art. 2 (c) irlandzkiej ustawy dotyczącej równości w zatrudnieniu z 1977 roku (the Irish Employment Equality Act 1977) przewidywał, że:

> Dla celów związanych ze stosowaniem tej ustawy należy przyjąć, że dyskryminacja ma miejsce w następujących przypadkach: [...] c) jeśli z powodu jej płci lub stanu małżeńskiego dana osoba jest zobowiąza-

[15] Cyt. za: I. Boruta, op. cit., s. 101–102.

[16] Podobną definicję włączono również do Art. 1 (1) (b) ustawy o stosunkach rasowych z 1976 roku (Race Relations Act).

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

> na zastosować się do wymagania odnoszącego się do zatrudnienia lub członkostwa w danym organie, które nie jest istotnym wymaganiem dla takiego zatrudnienia lub członkostwa, i w stosunku do którego występuje większa proporcja osób innej płci [...] mogących się do niego zastosować[17].

Należy zatem stwierdzić, że mimo odmiennego sformułowania definicja ta nawiązywała do elementów zbliżonych do tych, jakie występowały w definicji zawartej w brytyjskiej ustawie o dyskryminacji ze względu na płeć z 1975 roku. Obie odnosiły się do „wymagań" stosowanych wobec danej osoby, podczas gdy doktryna „zróżnicowanego wpływu" do praktyki w dziedzinie zatrudnienia, na którą może się składać wiele takich dyskryminacyjnych warunków. W tym sensie definicje legalne przyjęte w Zjednoczonym Królestwie i Irlandii wydają się mieć nieco węższy zakres niż formuła przyjęta przez amerykański Sąd Najwyższy w wyroku w sprawie *Griggs*[18].

2. Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości

2.1. Pierwsze odwołania do dyskryminacji pośredniej – wyroki w sprawach *Geitling*, *Ugliola, Sabbatini, Sotgiu* i *Defrenne II*

Rozwijając własną koncepcję dyskryminacji pośredniej Trybunał Sprawiedliwości mógł zatem czerpać nie tylko z przykładów płynących z orzecznictwa amerykańskiego Sądu Najwyższego, ale też w pewnym zakresie opierać się na wskazanych definicjach przyjętych w Zjednoczonym Królestwie i Irlandii, zwłaszcza gdy rozpatrywał pytania wstępne zadane przez ich sądy krajowe[19]. Nie oznacza to jednak, że sam nie miał świadomości występowania w praktyce tej formy dyskryminacji. Świadczy o tym choćby fakt, że pierwszy wyrok, w którym

---

[17] Tłum. własne, cyt. za: Ch. Tobler, *Indirect Discrimination*..., s. 96.

[18] Tak słusznie D. Schiek, *Indirect Discrimination*…, s. 350.

[19] Na definicji przyjętej w Zjednoczonym Królestwie oparł się np. w cyt. wyżej wyroku w sprawie 96/80.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

Trybunał się do niej odwołał, został wydany w 1957 roku na tle funkcjonowania Europejskiej Wspólnoty Węgla i Stali. Wprawdzie dyskryminacja pośrednia występuje tam w nieco innym znaczeniu, niż to, w jakim funkcjonuje obecnie, może to jednak oznaczać, że wskazane wyżej źródła inspiracji nie miały aż tak decydującego znaczenia dla samego wprowadzenia omawianej koncepcji do wspólnotowego porządku prawnego, natomiast wpłynęły na sposób jej ujmowania. W doktrynie wskazuje się, że rozwój idei dyskryminacji pośredniej przez Trybunał Sprawiedliwości stanowi przykład sędziowskiej kreatywności, w ramach której czerpano z modelu *common law*, ale jednocześnie dodawano nowe elementy, uwzględniające kontekst wspólnotowy, w tym zupełnie inne ramy proceduralne wynikające z postępowania prejudycjalnego przewidzianego w art. 177 TEWG (obecnie art. 267 TFUE)[20]. Można także spotkać się z poglądem, że w tym przypadku mamy do czynienia z jednym z rzadkich przypadków prawnej adaptacji koncepcji z systemu *common law* do systemów prawa kontynentalnego, specyficznej o tyle, że dokonała się ona za pośrednictwem orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości, a następnie aktów prawa wtórnego UE[21].

Wyrok z 20 marca 1957 roku w sprawie Geitling v. Wysoka Władza[22] dotyczył oceny, czy porozumienia, jakie zawarł powód z innymi podmiotami tworzącymi kartel, nie narusza przepisów wspólnotowych, zwłaszcza zaś zakazu dyskryminacji między producentami. Według Wysokiej Władzy EWWiS część porozumienia wykraczała poza jego główny cel, jakim była poprawa dystrybucji paliw, w takim zakresie, w jakim umożliwiała klientom hurtowym Geitling uzyskanie prawa do bezpośrednich dostaw powiązanych z obniżkami cen, jeśli

[20] Por. C. Barnard, B. Hepple, *Indirect Discrimination: Interpreting Seymour-Smith*, „Cambridge Law Journal" 1999, t. 58, nr 2, s. 400.

[21] Por. szerzej D. Schiek, *Indirect Discrimination…*, s. 324 oraz E. Dockès, *Equality in Labour Law: an Economically Efficient Human Right? Reflections from a French Law Perspective*, „The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations" 2002, t. 18, nr 2, s. 191, który wprost stwierdza, że dyskryminacja pośrednia „przybyła" do Francji z anglosaskiej kultury prawnej poprzez orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości, a ostatnio dyrektywy UE.

[22] Sprawa 2/56, ECR 1957 (English Special Edition), s. 3.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

spełnią oni odpowiednie warunki. Jednym z nich był zaś wymóg, aby nabyli oni określoną część produktów od Geitling oraz dwóch pozostałych agencji (Präsident i Mausegatt), co zdaniem Wysokiej Władzy prowadziło do nierównego traktowania hurtowników oraz innych producentów i tym samym naruszało art. 4 b) TEWWiS. Trybunał Sprawiedliwości podzielił ten pogląd, wskazując, że:

> Skutkiem klauzuli będącej przedmiotem oceny jest to, że powodowie biorą pod uwagę zakupy dokonywane przez hurtowników u dwóch wskazanych agencji, podczas gdy między nimi i powodami powinna istnieć taka sama konkurencja, jaka funkcjonuje między powodami i innymi producentami działającymi we Wspólnocie, których sprzedaży nie bierze się pod uwagę. Taki sposób postępowania stanowi **dyskryminację pośrednią** [podkreślenie J. M.-N.], w związku z tym, że zachęca nabywców do preferencji w zakresie uzyskiwania surowców od producentów węgla z zagłębia Ruhry, ze szkodą dla pozostałych producentów wspólnotowych[23].

Trybunał odniósł się tu zatem do skutków postępowania powodów, a ściślej do faktu, że zróżnicowane traktowanie klientów pośrednio doprowadziło do nierównego traktowania producentów[24]. Nie mamy tu zatem do czynienia z klasycznym ujęciem dyskryminacji pośredniej, ani też próbą jej definicji. Dlatego też wyrok w sprawie *Geitling* nie może być traktowany jako początek rozwoju omawianej koncepcji, a jedynie jako wyraźne wskazanie, że dyskryminacja może mieć również ukryty charakter i należy brać pod uwagę nie tylko formę środka, ale również jego skutki[25].

Wyrok z 15 października 1969 roku w sprawie Württembergische Milchverwertung-Südmilch AG v. Salvatore Ugliola[26] odnosił się do swobody przepływu pracowników w ramach Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej. Pan Ugliola był obywatelem włoskim, który mieszkał

[23] Ibidem, s. 21.
[24] Ch. Tobler, *Indirect Discrimination...*, s. 98.
[25] Ibidem.
[26] Sprawa 15/69, ECR 1969, s. 363.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

i pracował na terenie Niemiec. Nie mógł skorzystać z postanowienia, które przewidywało możliwość zaliczenia do okresu zatrudnienia służby wojskowej, bowiem odbył ją we Włoszech, a nie, jak wymagał przepis, w Niemczech. Jego zdaniem uzależnienie możliwości skorzystania z tego przywileju od tego, w jakim miejscu odbyto służbę wojskową, stanowiło dyskryminację ze względu na przynależność państwową. Rząd niemiecki nie zgadzał się z tą interpretacją, wskazując, że chodziło jedynie o miejsce odbywania służby, a ten warunek nie jest powiązany z obywatelstwem. Argumentował przy tym, że z jednej strony, cudzoziemcy, którzy byli w niemieckiej armii mogą korzystać z tego postanowienia, a z drugiej, że obywatele niemieccy, którzy odbyli służbę w innym państwie, również nie odniosą korzyści. Trybunał Sprawiedliwości nie zgodził się z taką oceną regulacji niemieckich, wskazując, że:

> Art. 48 TEWG (obecnie art. 45 TFUE) nie pozwala państwom członkowskim na czynienie wyjątków od równości traktowania i ochrony przewidzianej przez Traktat dla wszystkich pracowników w ramach Wspólnoty poprzez **wprowadzenie pośrednio dyskryminacji** [podkreślenie J. M.-N.] na korzyść własnych obywateli, opartej na obowiązku odbycia służby wojskowej. W rezultacie regulacja prawa krajowego, która chroni pracowników przed niekorzystnymi skutkami [...] wynikającymi z nieobecności w pracy w związku z obowiązkiem odbycia służby wojskowej, musi być stosowana do obywateli innych państw członkowskich zatrudnionych na terytorium tego państwa, którzy odbyli służbę wojskową w kraju ich pochodzenia[27].

W związku z tym Trybunał nakazał uwzględnienie przy obliczeniu okresów zatrudnienia także służby wojskowej odbytej w innym państwie niż Niemcy. Uznał zatem, że zastosowanie neutralnego kryterium, jakim było miejsce odbycia służby wojskowej, może prowadzić do dyskryminacyjnych skutków, różnicujących obywateli z innych państw członkowskich. Nie odniósł się natomiast do możliwości

[27] Ibidem, pkt 6.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

uzasadnienia takiej praktyki[28]. Nie rozwinął również szerzej koncepcji dyskryminacji pośredniej. Stąd też w literaturze przedmiotu omawiany wyrok nie jest traktowany jako tzw. kamień milowy w jej rozwoju[29]. Zresztą sam Trybunał Sprawiedliwości nie odwoływał się do niego w późniejszym orzecznictwie dotyczącym dyskryminacji pośredniej ze względu na przynależność państwową. W każdym jednak razie wyrok ten można uznać za początek orzecznictwa Trybunału odnoszącego się do tej koncepcji.

Kolejny wyrok został wydany 7 czerwca 1972 roku w sprawie Luisa Sabbatini, née Bertoni v. Parlament Europejski[30] i odnosił się do dyskryminacji pośredniej ze względu na płeć, choć Trybunał nie posłużył się wprost tym terminem. Sprawa dotyczyła odmowy dalszego przyznawania powódce, która była urzędnikiem wspólnotowym, dodatku za rozłąkę z tego względu, że po wyjściu za mąż przestała być ona głową gospodarstwa domowego. Odmowa nastąpiła na podstawie art. 4 (3) aneksu nr VII załączonego do regulaminu pracowniczego Wspólnot, który nie przewidywał zróżnicowania ze względu na płeć, niemniej jednak należało go rozpatrywać łącznie z art. 1 (3) tego aneksu, a ten wskazywał, że pojęcie „głowa gospodarstwa domowego" normalnie odnosi się do żonatego urzędnika, podczas gdy zamężna urzędniczka ma taki status tylko w wyjątkowych okolicznościach, w szczególności w przypadku kalectwa lub poważnej choroby jej męża. Zdaniem Trybunału Sprawiedliwości odmowa dalszego przyznawania dodatku mogłaby zostać uzasadniona jedynie w przypadkach, w których zmiana statusu rodzinnego prowadzi do ustania rozłąki będącej podstawą uzyskiwania tej korzyści finansowej. Regulamin urzędniczy nie może jednak traktować odmiennie urzędników wspólnotowych w zależności od tego, czy są mężczyznami, czy też kobietami, wprost przeciwnie odmowa przyznawania dodatku musi opierać się na jednolitych kryteriach, niezależnych od płci. Na tej podstawie Trybunał uznał, że:

---

[28] Zwraca na to uwagę m.in. B. Sundberg-Weitman, *Discrimination on Grounds of Nationality. Free Movement of Workers and Freedom of Establisment uder the EEC Treaty*, Amsterdam–New York–Oxford 1977, s. 110.

[29] Por. szerzej Ch. Tobler, *Indirect Discrimination...*, s. 106.

[30] Sprawa 20/71, ECR 1972, s. 345.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

> poprzez uzależnienie utrzymania dodatku od uzyskania statusu głowy gospodarstwa domowego – zdefiniowanego w art. 1 (3) – regulamin pracowniczy stworzył **arbitralną różnicę w traktowaniu urzędników** [podkreślenie J. M.-N.][31].

W rezultacie nakazał uchylenie decyzji dotyczącej odmowy dalszego przyznawania powódce dodatku za rozłąkę. Podobnie jak w wyżej omówionej sprawie *Ugliola*, uznał zatem, że mimo pozornie neutralnego sformułowania postanowienia regulaminu, może ono prowadzić do niekorzystnych skutków dla kobiet. Szkoda jednak, że Trybunał nie zastosował tu konsekwentnej terminologii i zamiast odwołać się do pośredniej dyskryminacji, wskazał na arbitralną różnicę w traktowaniu, choć ewidentnie chodziło o tą pierwszą[32]. Podobnie nie odniósł się do możliwości ewentualnego usprawiedliwienia takiego postanowienia regulaminu, a jedynie wskazał, w jakich przypadkach mogłaby mieć miejsce odmowa dalszego przyznawania dodatku za rozłąkę. Trybunał nie rozwinął zatem drugiej części testu stosowanego w ramach oceny, czy dany środek stanowi pośrednią dyskryminację, czyli tzw. obiektywnego uzasadnienia.

Natomiast wyrok z 12 lutego 1974 w sprawie Giovanni Maria Sotgiu v. Deutsche Bundespost[33] jest uznawany za punkt zwrotny w rozwoju koncepcji dyskryminacji pośredniej z tego względu, że Trybunał nie tylko wprost się do niej odwołał, ale również podjął pierwszą próbę jej ogólnej definicji[34]. Sprawa dotyczyła sporu między obywatelem włoskim a jego pracodawcą – niemieckim urzędem pocztowym o dodatek za rozłąkę. Przysługiwał on z tego względu, że powód był zatrudniony poza miejscem zamieszkania jego rodziny. Jednakże stosowne przepisy różnicowały wysokość tego dodatku w zależności od tego, czy

---

[31] Ibidem, pkt 13.

[32] Warto w związku z tym odnotować, że w ramach spraw dotyczących praw urzędników Wspólnoty Trybunał po raz pierwszy użył terminu „dyskryminacja pośrednia" w wyroku z 2 maja 1985 roku w sprawie Claudia De Angelis v. Komisja WE, sprawa 246/83, ECR 1985, s. 1253, pkt 18.

[33] Sprawa 152/73, ECR 1974, s. 153.

[34] Ch. Tobler, *Indirect Discrimination...*, s. 110–111.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

dana osoba zamieszkiwała już na terenie Niemiec w chwili jej pierwszego zatrudnienia w urzędzie pocztowym. Pan Sotgiu uważał, że odniesienie się do tego kryterium prowadzi do dyskryminacji ze względu na przynależność państwową zakazanej rozporządzeniem 1612/68[35]. Trybunał uznał ten argument, wskazując przy tym wprost, że:

> regulacje dotyczące równości traktowania, zawarte zarówno w Traktacie, jak i art. 7 rozporządzenia nr 1612/68, zakazują nie tylko jawnej dyskryminacji na podstawie przynależności państwowej, ale również **wszystkich ukrytych form dyskryminacji, które przez zastosowanie innych kryteriów różnicowania, faktycznie prowadzą do tego samego rezultatu** [podkreślenie J. M.-N.]. Ta interpretacja, która jest konieczna do zapewnienia skutecznego funkcjonowania jednej z podstawowych zasad Wspólnoty, wynika wyraźnie z ustępu piątego preambuły rozporządzenia nr 1612/68, który wymaga, aby równość traktowania pracowników była zapewniona 'faktycznie i prawnie'. Może zatem się zdarzyć, że takie kryteria, jak miejsce pochodzenia czy zamieszkiwanie pracownika, mogą być w danych okolicznościach uznane za równoznaczne, jeśli chodzi o ich skutek praktyczny, z dyskryminacją ze względu na przynależność państwową zakazaną przez Traktat i rozporządzenie[36].

Jak widać, Trybunał potwierdził wyraźnie, że równość traktowania wiąże się nie tylko z zakazem jawnej dyskryminacji, ale również różnych ukrytych jej form. Warto zatem zwrócić uwagę na specyfikę terminologii, jaką posłużono się w tym wyroku – nie ma tu mowy wprost o dyskryminacji pośredniej, a jednak odwołanie do wszystkich ukrytych form tego zjawiska wyraźnie na nią wskazuje. Trybunał podjął również próbę zdefiniowania omawianej koncepcji, wskazując, że jest to taka forma dyskryminacji, która przez zastosowanie innych kryteriów różnicowania, prowadzi w istocie do tego samego rezultatu. W kontekście zakazu dyskryminacji ze względu na przynależność państwową takimi innymi kryteriami mogą być wskazane przez Try-

[35] Jego postanowienia zostały omówione w poprzednim rozdziale (pkt 3.4.).
[36] Pkt 11 wyroku w sprawie 152/73.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

bunał miejsce pochodzenia czy zamieszkiwania, bowiem ich zastosowanie może w praktyce doprowadzić do zróżnicowanego traktowania obywateli z innych państw członkowskich. W ten sposób podkreślono, że koncepcja dyskryminacji pośredniej koncentruje się na skutku, a nie na zamiarze i opiera się na ogólnym założeniu, że treść przeważa nad formą[37]. Warto także zauważyć, że Trybunał wskazał powód, dla którego należy ją uwzględniać jako element wspólnotowego porządku prawnego. Chodzi mianowicie o zapewnienie efektywności prawa, a ściślej skutecznego funkcjonowania jednej z podstawowych zasad Wspólnoty, jaką jest równość traktowania.

W dalszej części wyroku Trybunał odniósł się także do kwestii możliwości obiektywnego uzasadnienia środka pośrednio dyskryminującego, posługując się jednak terminem „obiektywnych różnic". Uznał bowiem, że nie wystąpi opisana wyżej ukryta dyskryminacja, jeśli:

> warunki przyznania dodatku za rozłąkę oraz zasady jej wypłaty biorą pod uwagę obiektywne różnice, jakie wiążą się z sytuacją pracowników w zależności od tego, czy ich miejsce zamieszkania w chwili objęcia danej posady znajduje się na terytorium danego państwa członkowskiego czy też za granicą. W związku z tym fakt, że w odniesieniu do pracowników, których miejsce zamieszkania znajduje się na terytorium danego państwa, wypłata dodatku ma charakter tymczasowy i wiąże się z obowiązkiem przeniesienia do miejsca zatrudnienia, podczas gdy pracownikom, którzy mieszkają za granicą niezależnie od ich obywatelstwa, ten sam dodatek jest wypłacany na czas nieokreślony i bez tego dodatkowego obowiązku, może stanowić ważny powód zróżnicowania wysokości wypłacanego dodatku.

Podana analiza wskazuje na to, że Trybunał stwierdził możliwość wywołania dyskryminacyjnego skutku przez regulacje odnoszące się do dodatku za rozłąkę, ale zarazem uznał je za uzasadnione ze względu na to, że grupy pracowników, którym był on wypłacany w różnej

---

[37] Tak słusznie Ch. Tobler, *Indirect Discrimination...*, s. 115.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

wysokości, znajdowały się w innej sytuacji. Porównywalność sytuacji obu kategorii pracowników „zajęła pozycję", jaka w kolejnych rozstrzygnięciach Trybunału będzie przysługiwała koncepcji obiektywnego uzasadnienia[38]. Szkoda zatem, że nie posłużył się tym terminem, a wskazał na „obiektywne różnice", co nie kojarzy się wprost z uzasadnieniem. Niemniej jednak w doktrynie wskazuje się, że już w tym wyroku Trybunał, podobnie jak amerykański Sąd Najwyższy, ustanowił dwustopniowy test pośredniej dyskryminacji[39].

Ponownie do koncepcji dyskryminacji pośredniej Trybunał odwołał się w wyroku z 8 kwietnia 1976 roku w sprawie Gabrielle Defrenne v. Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena[40], w którym powiązał ją z bezpośrednim skutkiem norm wspólnotowych. Sprawa dotyczyła sporu między stewardesą a belgijskimi liniami Sabena, od których powódka domagała się odszkodowania z tego względu, iż w okresie od dnia 15 lutego 1963 r. do dnia 1 lutego 1966 r. była, jako kobieta, ofiarą dyskryminacji w zakresie wynagrodzenia w stosunku do kolegów, którzy wykonywali tę samą pracę jako „pracownicy pokładowi". Zapadły w niej w sumie trzy wyroki prejudycjalne[41], a głównym zagadnieniem w obecnie omawianym był skutek, jaki wywołuje art. 119 TEWG (obecnie art. 157 TFUE). Co ciekawe, Trybunał zauważył, że:

> należy dokonać rozróżnienia, w ramach ogólnego zakresu zastosowania art. 119, pomiędzy bezpośrednią i jawną dyskryminacją, którą można stwierdzić na podstawie samych tylko kryteriów identyczności pracy i równości wynagrodzeń określonych w tym artykule, oraz dyskryminacją pośrednią i ukrytą, którą można ustalić jedynie za pomocą bardziej szczegółowych przepisów wykonawczych, wspólnotowych lub krajowych [42].

---

[38] Ibidem, s. 187.

[39] Por. D. Schiek, *Indirect Discrimination*…, s. 354.

[40] Sprawa 43/75, ECR 1976, s. 455.

[41] Odpowiednio: sprawa 80/70, ECR 1976, s. 455 (Defrenne I), sprawa 43/75, ECR 1976, s. 455 (Defrenne II) oraz sprawa 149/77, ECR 1978, s. 1365 (Defrenne III).

[42] Pkt 18 wyroku w sprawie 43/75 (Defrenne II) .

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

Wynikałoby z tego, że przepis art. 119 TEWG (obecnie art. 157 TFUE), regulujący zasadę równości wynagrodzeń mężczyzn i kobiet za taką samą pracę, może wywołać bezpośredni skutek jedynie w przypadku dyskryminacji bezpośredniej i jawnej, ale nie w przypadku pośredniej i ukrytej[43]. Takie rozstrzygnięcie było przedmiotem krytyki ze strony rzeczników generalnych i doktryny[44]. W końcu też Trybunał w swoim późniejszym orzecznictwie odstąpił od takiego rozróżnienia w kontekście bezpośredniego skutku[45].

Warto jednak zauważyć, że w sprawie *Defrenne II* Trybunał jeszcze w kilku miejscach odwoływał się do koncepcji dyskryminacji pośredniej. I tak, w pkt 19 wyroku wskazał, iż:

> Nie można bowiem pominąć okoliczności, iż osiągnięcie w pełni celów, jakim służy art. 119 poprzez eliminację wszelkiej dyskryminacji pracowników ze względu na płeć, zarówno bezpośredniej, jak pośredniej, nie tylko na szczeblu pojedynczych przedsiębiorstw, ale również całych gałęzi przemysłu, a nawet światowej gospodarki, może wymagać w niektórych przypadkach określenia kryteriów, do których stosowania konieczne będzie wydanie stosownych przepisów wspólnotowych lub krajowych.

---

[43] W dalszej części wyroku Trybunał stwierdził wyraźnie, że: „na zasadę równości wynagrodzeń ustanowioną w art. 119 można powoływać się przed sądami krajowymi, które zobowiązane są chronić uprawnienia podmiotów prawa wynikające z tego postanowienia, szczególnie w przypadku dyskryminacji mającej źródło bezpośrednio w przepisach prawa lub układach zbiorowych pracy, a także w przypadku nierównego wynagradzania kobiet i mężczyzn za taką samą pracę wykonywaną w tym samym zakładzie lub jednostce organizacyjnej, publicznej lub prywatnej" (pkt 40 wyroku).

[44] Por. M. Wandzel, *Wybrane zagadnienia jednakowego wynagrodzenia kobiet i mężczyzn w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w Luksemburgu*, „Studia z zakresu prawa pracy i polityki społecznej", A. Świątkowski (red.), Kraków 1997/1998, s. 110.

[45] Por. np. wyrok z 31 marca 1981 roku w sprawie J.P. Jenkins v. Kingsgate (Clothing Productions) Ltd., sprawa 96/80, ECR 1981, s. 911, pkt 17; wyrok z 4 lutego 1988 roku w sprawie Mary Murphy i inni v. An Bord Telecom Eireann, sprawa 157/86, ECR 1988, s. 673, pkt 11, gdzie Trybunał wskazując na bezpośredni skutek art. 119 TEWG nie dokonał już rozróżnienia między dyskryminacją bezpośrednią oraz pośrednią.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

Do takich przepisów na poziomie wspólnotowym należą uchwała w sprawie wyrównania wynagrodzeń mężczyzn i kobiet przyjęta przez państwa członkowskie 30 grudnia 1961 r., zgodnie z którą „wszelka dyskryminacja, bezpośrednia i pośrednia, powinna zostać całkowicie wyeliminowana do dnia 31 grudnia 1964 r."[46] oraz dyrektywa nr 75/117, która „ma na celu wspierać, za pomocą szeregu działań na szczeblu krajowym, właściwe stosowanie art. 119, **szczególnie jeśli chodzi o eliminację dyskryminacji pośredniej** [podkreślenie J. M.-N.]"[47]. W ten sposób Trybunał Sprawiedliwości, nie nawiązując już do koncepcji bezpośredniego skutku, podkreślił, że zapewnienie równości wynagrodzeń mężczyzn i kobiet za taką samą pracę wymaga wyeliminowania nie tylko dyskryminacji bezpośredniej, ale również pośredniej. Jest to godne podkreślenia z tego względu, że ani art. 119 TEWG (obecnie art. 157 TFUE), ani też dyrektywa 75/117 nie dokonywały takiego rozróżnienia obu form dyskryminacji[48].

2.2. Orzecznictwo dotyczące dyskryminacji pośredniej ze względu na przynależność państwową

2.2.1. Rozstrzygnięcia odnoszące się do polityki rolnej oraz swobody przepływu osób i usług (1976–1995)

Po wydaniu omówionego wyżej wyroku w sprawie *Sotgiu* Trybunał traktował go jako punkt odniesienia w kolejnych sprawach odnoszących się do dyskryminacji ze względu na przynależność państwową. Były one wydawane w różnych obszarach, a zatem odnosiły się nie tylko do swobód traktatowych, ale np. do polityki rolnej czy przepisów podatkowych państw członkowskich. Poniżej zostaną przedstawione

[46] Pkt 48 wyroku w sprawie 43/75 (Defrenne II).

[47] Pkt. 60 wyroku w sprawie 43/75 (Defrenne II).

[48] Por. szerzej Ch. Tobler, *Indirect Discrimination...*, s. 121, która podkreśla, że w omawianym wyroku Trybunał odwołał się do koncepcji dyskryminacji pośredniej w dwóch różnych kontekstach – pierwszym, dotyczącym bezpośredniego skutku, oraz drugim, odnoszącym się do substancjalnego charakteru dyskryminacji.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

w porządku chronologicznym te wyroki, które odnosiły się do koncepcji dyskryminacji pośredniej, a zwłaszcza te, które miały wpływ na jej rozwój.

Wyrok z 16 lutego 1978 roku w sprawie Komisja WE v. Irlandia[49] odnosił się do wspólnej polityki rolnej, a ściślej do przepisu art. 2 (1) rozporządzenia 101/76, dotyczącego kwestii stosowania przez państwa członkowskie równych warunków dostępu i korzystania z łowisk przez wszystkie statki pływające pod banderą państw członkowskich, a zarejestrowane na terytorium Wspólnoty. Komisja wniosła skargę przeciwko Irlandii, wskazując, że naruszyła ona zobowiązania wynikające z Traktatu stosując środki restrykcyjne w sektorze rybołówstwa morskiego, a mianowicie ograniczając dostęp do pewnych obszarów irlandzkiej strefy połowów. Irlandia wprowadziła jednak wyjątki dla tych łodzi rybackich, które nie przekraczały 33 metrów długości lub posiadały silniki nie przekraczające określonej mocy hamowania. Zdaniem Komisji te wyłączenia prowadziły do zróżnicowanego traktowania floty rybackiej pochodzącej z różnych państw członkowskich, co naruszało zarówno ogólny zakaz dyskryminacji ze względu na przynależność państwową, jak i regulację art. 2 (1) rozporządzenia 101/76. Dokonując oceny środków zastosowanych przez Irlandię, Trybunał odwołał się do wyroku w sprawie *Sotgiu* i wskazał, że:

> regulacje dotyczące równości traktowania, zawarte w prawie wspólnotowym, zakazują nie tylko jawnej dyskryminacji na podstawie przynależności państwowej, ale również wszystkich ukrytych form dyskryminacji, które przez zastosowanie innych kryteriów różnicowania, faktycznie prowadzą do tego samego rezultatu. Z pewnością odnosi się to do kryteriów zastosowanych w ramach zakwestionowanych środków, których skutkiem jest powstrzymanie od wpłynięcia na wody irlandzkie znacznej proporcji floty rybackiej innych państw członkowskich [...] podczas gdy zastosowane środki nie nakładają podobnych zobowiązań na obywateli irlandzkich[50].

[49] Sprawa 61/77, ECR 1978, s. 417.
[50] Ibidem, pkt 78–79.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

W rezultacie zostały one uznane za sprzeczne z ogólnym zakazem dyskryminacji ze względu na przynależność państwową (z art. 7 TEWG), jak i art. 2 (1) rozporządzenia 101/76. W ten sposób Trybunał potwierdził, że każda regulacja dotycząca równości traktowania, przewidziana w prawie wspólnotowym (obecnie unijnym), zakazuje nie tylko dyskryminacji bezpośredniej, ale również pośredniej. Oznaczało to, że omawiana koncepcja mogła znaleźć zastosowanie w każdym przypadku, gdy zakazana jest dyskryminacja ze względu na przynależność państwową, choćby stosowna regulacja była zawarta w prawie wtórnym WE (obecnie UE).

W wyroku z 28 czerwca 1978 roku w sprawie Patrick Christopher Kenny v. Insurance Officer[51] Trybunał również ogólnie odniósł się do zakresu zastosowania dyskryminacji pośredniej ze względu na przynależność państwową. Tym razem chodziło o sferę zabezpieczenia społecznego, a ściślej o przyznanie zasiłku chorobowego obywatelowi irlandzkiemu, który mieszkał w Zjednoczonym Królestwie. Ubiegał się on o świadczenie za okres, w którym przebywał w więzieniu w Irlandii, a stosowne przepisy Zjednoczonego Królestwa przewidywały, że w tym czasie zasiłek nie przysługuje. Pytanie dotyczyło tego, czy pobyt w więzieniu w innym państwie członkowskim może być uznany za równoważny z pobytem w więzieniu w Zjednoczonym Królestwie. W swoim rozstrzygnięciu Trybunał wskazał, że sfera ubezpieczeń społecznych należy do kompetencji państw członkowskich i to przepisy krajowe określają warunki uzyskiwania lub utraty stosownych świadczeń, pod warunkiem jednak, że są one stosowane bez dyskryminacji ze względu na przynależność państwową. Następnie zaś podkreślił:

> byłoby inaczej jedynie wówczas, gdyby warunki uzyskiwania lub utrzymania uprawnienia były zdefiniowane w taki sposób, że mogłyby faktycznie zostać spełnione jedynie przez własnych obywateli bądź gdyby warunki utraty lub zawieszenia uprawnienia zostały zdefiniowane

[51] Sprawa 1/78, ECR 1978, s. 1489.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

> w taki sposób, że faktycznie mogłyby być łatwiej spełnione przez obywateli innych państw członkowskich [...][52].

Trybunał nie odwołał się zatem wprost do dyskryminacji pośredniej. Niemniej jednak wskazanie na skutek regulacji krajowej, w tym odniesienie się do sytuacji faktycznej obywateli Zjednoczonego Królestwa oraz innych państw członkowskich, wyraźnie nawiązuje do omawianej koncepcji. Oznaczałoby to, że państwa członkowskie korzystając ze swoich uprawnień w dziedzinie zabezpieczenia społecznego nie mogą stosować środków, które prowadziłyby do dyskryminacji pośredniej ze względu na przynależność państwową.

W kolejnym wyroku z 12 lipca 1979 roku w sprawie Caisse régionale d'assurance maladie de Lille (CRAM) v. Diamante Palermo, née Toia[53] Trybunał znowu odniósł się do przepisów krajowych dotyczących tej sfery. Tym razem chodziło o przepisy francuskie, które przyznawały prawo do otrzymywania zapomogi kobietom z obywatelstwem francuskim w wieku 65 lat, które nie posiadały wystarczających środków na utrzymanie. Dodatkowym warunkiem było jednak to, aby ich mężowie nadal byli zatrudnieni, oraz aby wychowywały one przynajmniej pięcioro dzieci w okresie przynajmniej dziewięciu lat przed ukończeniem lat sześćdziesięciu, przy czym dzieci te również musiały posiadać obywatelstwo francuskie. Ostatni z tych wymogów nie został spełniony przez Panią Palermo–Toia, bowiem niektóre z jej dzieci miały od urodzenia obywatelstwo włoskie. Na tej podstawie odmówiono jej przyznania omawianego zasiłku (w trakcie postępowania utrzymywano bowiem, że nie opierano się na obywatelstwie samej zainteresowanej). Kiedy sprawa dotarła do Trybunału, ten nawiązując do wcześniejszego orzecznictwa, zwłaszcza wyroku w sprawie *Sotgiu*, choć wprost się do niego nie odwołał, stwierdził, że:

> regulacje dotyczące równości traktowania, przewidziane w art. 3 (1) rozporządzenia [nr 1408/71 w sprawie stosowania systemów zabez-

[52] Ibidem, pkt 17.
[53] Sprawa 237/78, ECR 1979, s. 2645.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

> pieczenia społecznego do pracowników najemnych i ich rodzin przemieszczających się we Wspólnocie, dopisek J. M.-N.] zakazują nie tylko oczywistej dyskryminacji opartej na przynależności państwowej beneficjentów systemu zabezpieczenia społecznego, ale również wszystkich ukrytych form dyskryminacji, które przez zastosowanie innych kryteriów różnicowania, faktycznie prowadzą do tego samego rezultatu[54].

Zdaniem Trybunału warunek, który odnosi się do obywatelstwa dzieci, faktycznie prowadzi do tego, że kobieta-cudzoziemka skorzysta z zasiłku jedynie w wyjątkowych przypadkach. Tym samym znajduje się ona w sytuacji niekorzystnej w porównaniu z kobietami, które są obywatelkami danego państwa. W ten sposób spełniona została pierwsza część testu odnoszącego się do dyskryminacji pośredniej. Dlatego też Trybunał wskazał, że:

> warunek odnoszący się do obywatelstwa dzieci należy traktować jako dyskryminację pośrednią, chyba że jest ona uzasadniona przez obiektywne różnice[55].

Trybunał posłużył się zatem terminem zbliżonym do tego, jaki wystąpił w wyroku w sprawie *Sotgiu*, jednakże analiza tzw. obiektywnego uzasadnienia wydaje się bardziej wnikliwa. W dalszej części rozstrzygnięcia Trybunał odniósł się bowiem do argumentów wysuwanych przez francuski fundusz dla usprawiedliwienia stosowania wymogu obywatelstwa dzieci. W tym względzie wskazywano m.in., że celem przyznania kobietom zasiłku jest wzrost wskaźnika urodzeń we Francji. W odniesieniu do tego argumentu Trybunał stwierdził, że rozporządzenie nr 1408/71 nie dokonuje zróżnicowania między systemami zabezpieczenia społecznego w zależności od tego, czy realizują one cele polityki demograficznej. Odrzucił też uzasadnienie, zgodnie z którym warunek odnoszący się do narodowości dzieci ma służyć wyeliminowaniu możliwości łączenia podobnych świadczeń,

---

[54] Ibidem, pkt 12.
[55] Ibidem, pkt 14.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

przysługujących na podstawie przepisów różnych państw członkowskich. Zdaniem Trybunału, jeśli wystąpi taki problem, to jego rozwiązanie należy znaleźć w prawie wspólnotowym. W rezultacie uznał on, że warunek będący przedmiotem postępowania w tej sprawie nie jest dostatecznie uzasadniony „obiektywną różnicą", a zatem mamy do czynienia z dyskryminacją pośrednią, którą należy wyeliminować z uwagi na sprzeczność z przepisami rozporządzenia 1408/71. Innymi słowy, nie można uzależniać przyznania przedmiotowego zasiłku ani od narodowości kobiety, ani też jej dzieci.

Natomiast wyrok z 29 października 1980 roku w sprawie Boussac Saint-Frères SA v. Brigitte Gerstenmeier[56] zasługuje na uwagę z tego względu, że rozważano w nim zgodność regulacji krajowej z art. 7 TEWG (obecnie art. 18 TFUE), zawierającym ogólny zakaz dyskryminacji ze względu na przynależność państwową. Chodziło o regulacje niemieckiej procedury cywilnej, określające typ postępowania służącego egzekucji świadczeń pieniężnych. I tak, każdy wierzyciel, który posiadał siedzibę na terytorium jednego z państw członkowskich, mógł prowadzić egzekucję zgodnie z tradycyjną procedurą, niezależnie od tego, w jakiej walucie było wyrażone świadczenie. Natomiast uproszczona procedura nie była dostępna dla takiego wierzyciela, jeśli świadczenie pieniężne określono w obcej walucie, a egzekucja była prowadzona przeciwko dłużnikowi mającemu siedzibę na terytorium Niemiec. Taka sytuacja miała miejsce w omawianej sprawie, bowiem powód (przedsiębiorstwo francuskie) nie mógł skorzystać z uproszczonej procedury, kiedy starał się odzyskać od swojej klientki zamieszkującej w Niemczech dług wyrażony we frankach. W rezultacie podnosił on, że przepisy niemieckie stanowią ukrytą dyskryminację ze względu na przynależność państwową sprzeczną z art. 7 TEWG (obecnie art. 18 TFUE). Trybunał wskazał, że:

> przepis ten zakazuje nie tylko jawnej dyskryminacji na podstawie przynależności państwowej, ale również wszystkich ukrytych form dys-

[56] Sprawa 22/80, ECR 1980, s. 3427.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

> kryminacji, które przez zastosowanie innych kryteriów różnicowania, faktycznie prowadzą do tego samego rezultatu. Nie ma wątpliwości, że przepis krajowy, który uzależnia dostęp do sądu od warunku odnoszącego się do waluty, w jakiej wyrażone jest świadczenie pieniężne, może faktycznie stawiać wierzycieli z innych państw członkowskich w gorszym położeniu niż to, w którym znajdują się wierzyciele mający swoją siedzibę w danym państwie [...][57].

Trybunał potwierdził zatem, że podobnie jak inne regulacje wspólnotowe dotyczące równości traktowania, tak i przepis art. 7 TEWG zakazuje nie tylko bezpośredniej, ale również pośredniej dyskryminacji (przy czym ponownie stosuje tu terminologię nawiązującą do dyskryminacji jawnej i ukrytej). Sam opis istoty omawianej koncepcji pozostaje również niezmieniony (wszystkie ukryte formy dyskryminacji, które przez zastosowanie innych kryteriów różnicowania, prowadzą w istocie do tego samego rezultatu). Natomiast to, co wyróżnia omawianą sprawę, to podejście Trybunału do drugiej części testu dyskryminacji pośredniej, czyli obiektywnego uzasadnienia[58]. Rząd niemiecki próbował bowiem usprawiedliwiać regulacje niemieckie względami obiektywnymi, do których jego zdaniem należała niemożność skorzystania z elektronicznego systemu przetwarzania danych, stanowiącego podstawę uproszczonej procedury, w przypadku długów wyrażonych w obcej walucie, ponieważ dotyczące ich dane musiały być wprowadzane ręcznie. Trybunał nie uznał tego argumentu za przekonywujący, ale ostatecznie stwierdził, że:

> to ustalenie nie rozwiązuje całkowicie problemu. Rozróżnienie oparte na walucie, w jakiej określona jest należność, które odnosi się jedynie do uproszczonej procedury egzekucji świadczeń pieniężnych nie stanowi, nawet pośrednio, dyskryminacji ze względu na przynależność państwową, jeśli strony umowy mają swobodę wyboru waluty, w jakiej określona jest należność, a wierzyciele mający siedzibę w innym państwie człon-

[57] Ibidem, pkt 9–10.
[58] Por. szerzej Ch. Tobler, *Indirect Discrimination...*, s. 140 i 187.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

> kowskim mogą skorzystać ze zwykłej procedury, niezależnie od tego, w jakiej walucie jest określone ich roszczenie[59].

Takie podejście jest nieco zaskakujące, bowiem Trybunał zamiast przeprowadzić dalszą analizę obiektywnego uzasadnienia, po prostu stwierdził, że tego typu dyskryminacji można było uniknąć przez określenie należności w walucie krajowej. Stanowisko zajęte w omawianej sprawie ma jednak charakter wyjątkowy i w kolejnych rozstrzygnięciach dotyczących dyskryminacji ze względu na przynależność państwową Trybunał inaczej odniósł się do kwestii obiektywnego uzasadnienia.

Przykładem może być kolejny wyrok z 3 lutego 1982 roku w sprawie Seco i Desquenne & Giral v. Etablissement d'assurance contre la vieillesse et l'invalidité[60], który odnosił się do swobody przepływu usług. Powodowie, posiadający swoją siedzibę we Francji, wykonywali pewne prace w Luksemburgu, do których tymczasowo wynajęli pracowników, będących cudzoziemcami. W czasie, kiedy wykonywali oni tę pracę, podlegali obowiązkowemu ubezpieczeniu we Francji, jednakże przepisy luksemburskie wymagały ubezpieczenia takich pracowników w krajowym systemie ubezpieczeń na wypadek starości i inwalidztwa. Połowa kwoty ubezpieczenia była płacona przez pracodawcę, a połowa przez pracowników, przy czym ci ostatni mogli zostać zwolnieni z tego obowiązku, jeśli byli cudzoziemcami i tylko tymczasowo pracowali w Luksemburgu. Podobnej możliwości nie mieli natomiast pracodawcy, co prowadziło do podwójnego obciążenia przedsiębiorstw francuskich. W rezultacie twierdzili oni, że regulacje luksemburskie mają dyskryminacyjny charakter i mogą utrudniać swobodę przepływu usług w ramach Wspólnoty. Trybunał zgodził się z tym stanowiskiem i wskazał, że traktatowe przepisy dotyczące tej swobody:

> wymagają zniesienia wszelkiej dyskryminacji przeciwko osobie świadczącej usługi ze względu na przynależność państwową lub okoliczność, że ma ona swoją siedzibę w państwie członkowskim innym niż

[59] Pkt 13 wyroku w sprawie 22/80.
[60] Sprawy połączone 62 i 63/81, ECR 1981, s. 223.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

> to, w którym świadczona jest usługa. Tak więc zakazują one nie tylko jawnej dyskryminacji opartej na przynależności państwowej osoby świadczącej usługę, ale również wszelkich **ukrytych form dyskryminacji, które, choć oparte na kryteriach, które wydają się być neutralne**, w praktyce prowadzą do tego samego rezultatu [podkreślenie J. M.-N.]. Z takim przypadkiem mamy do czynienia, jeśli zgodnie z przepisami krajowymi, takimi jak te, które podlegają ocenie, obowiązek zapłaty przez pracodawcę części kwoty należnej z tytułu zabezpieczenia społecznego […] jest rozszerzony na pracodawców mających swoją siedzibę w innym państwie członkowskim, którzy zgodnie z przepisami tego państwa są zobowiązani do uiszczenia podobnej składki w odniesieniu do tych samych pracowników i za ten sam okres zatrudnienia. W takim przypadku ustawodawstwo państwa, w którym świadczona jest usługa, okazuje się być bardziej uciążliwe z ekonomicznego punktu widzenia dla pracodawcy z innego państwa członkowskiego, który faktycznie musi ponieść większy ciężar niż ci mający swoją siedzibę na terytorium danego kraju[61].

Jak widać, Trybunał w swoim rozstrzygnięciu wyraźnie odniósł się do koncepcji dyskryminacji pośredniej, potwierdzając, że znajduje ona zastosowanie w ramach swobody przepływu usług. Tak naprawdę przepisy luksemburskie, które podlegały ocenie, nie tyle miały dyskryminacyjny charakter, co prowadziły do podwójnego obciążenia pracodawców z innych państw członkowskich, na co zwrócił uwagę sam Trybunał. Prawdopodobnie z tego względu w omawianym wyroku pojawia się nieco inna definicja dyskryminacji pośredniej – zamiast „innych kryteriów różnicowania", do których Trybunał odniósł się w sprawie *Sotgiu* i późniejszym orzecznictwie, pojawia się określenie „kryteria, które wydają się być neutralne". W omawianej sprawie trudno byłoby bowiem dopatrzyć się zróżnicowanego traktowania, raczej chodziło tu o takie samo podejście do podmiotów znajdujących się w odmiennej sytuacji. W rezultacie przedsiębiorcy z innych państw członkowskich mieli ponieść większy ciężar niż przedsię-

[61] Ibidem, pkt 8 i 9.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

biorcy z macierzystego kraju członkowskiego. Warto odnotować, że w późniejszym orzecznictwie dotyczącym regulacji krajowych prowadzących do podwójnego obciążenia Trybunał nie odwoływał się do koncepcji dyskryminacji pośredniej, ale rozpatrywał je w kategoriach ograniczeń[62]. Wyrok w sprawie *Seco* ma istotne znaczenie również w kontekście rozwoju tzw. obiektywnego uzasadnienia w ramach dyskryminacji pośredniej ze względu na przynależność państwową. Trybunał stwierdził bowiem, że:

> ustawodawstwo, które wymaga od pracodawców zapłaty składki ubezpieczeniowej za ich pracowników, co jednak nie wiąże się z wypłaceniem jakichkolwiek świadczeń tym pracownikom, którzy w dodatku [...] podlegają w czasie świadczenia pracy obowiązkowemu systemowi świadczeń społecznych w państwie członkowskim, w którym pracodawca ma swoją siedzibę, nie może być rozsądnie uznawane za **uzasadnione interesem ogólnym, związanym z zapewnieniem pracownikom zabezpieczenia społecznego** [podkreślenie J. M.-N.][63].

Oznacza to, że poza wyjątkami wyraźnie przewidzianymi w przepisach traktatowych, takimi jak porządek, bezpieczeństwo i zdrowie publiczne, Trybunał dopuścił generalnie możliwość uzasadnienia dyskryminacji pośredniej również interesem ogólnym odnoszącym się do zapewnienia pracownikom zabezpieczenia społecznego. Jednakże w tej konkretnej sprawie to uzasadnienie nie mogło być wzięte pod uwagę, choćby z tego względu, że pracownicy nie uzyskiwali jakichkolwiek korzyści z części składki wpłacanej przez pracodawcę. Podobnie nie zostały uwzględnione inne argumenty zgłaszane przez instytucję luksemburską, m.in., że oceniane regulacje są uzasadnione tym, aby pracodawcy nie odnosili korzyści z tego, iż nie spełniają wymogów wynikających z przepisów państwa, w którym wykonywana jest usługa, zwłaszcza tych dotyczących minimalnego wynagrodzenia. Trybunał

---

[62] Por. Ch. Tobler, *Indirect Discrimination...*, s. 156. O relacjach między dyskryminacją pośrednią a tzw. ograniczeniami będzie jeszcze mowa w dalszej części opracowania.

[63] Pkt 10 wyroku w sprawach 62 i 63/81.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

nie odrzucił możliwości stosowania postanowień odnoszących się do takiego wynagrodzenia, jednakże uznał, że przepisy lub praktyki, które mają tak ogólny charakter, jak te będące przedmiotem postępowania, nie stanowią „odpowiednich środków", bowiem jest mało prawdopodobne, aby pracodawcy się do nich zastosowali, a pracownicy uzyskali z tego tytułu jakiekolwiek korzyści[64]. W rezultacie regulacje luksemburskie zostały uznane za sprzeczne z prawem wspólnotowym.

Podobne stanowisko zajął Trybunał w wyroku z 5 grudnia 1989 roku w sprawie Komisja WE v. Republika Włoska[65]. Dotyczyła ona regulacji włoskich przewidujących, że tylko przedsiębiorstwa, w których wszystkie lub większość udziałów bezpośrednio lub pośrednio należało do własności publicznej lub do państwa, mogą zawrzeć z państwem włoskim umowy dotyczące rozwoju systemów przetwarzania danych dla władz publicznych. Zdaniem Komisji takie postanowienia, choć są stosowane bez zróżnicowania wobec przedsiębiorstw włoskich oraz tych, które mają siedziby w innych państwach członkowskich, to jednak mają dyskryminacyjny charakter i stanowią przeszkodę w korzystaniu ze swobody prowadzenia działalności gospodarczej oraz świadczenia usług. Rząd włoski twierdził natomiast, że przepisy te nie różnicują przedsiębiorstw na podstawie przynależności państwowej, a w związku z tym, że Włochy posiadają wszystkie lub większość udziałów nie tylko w spółkach włoskich, ale także w spółkach innych państw członkowskich, mogą one bez dyskryminacji zawierać stosowne umowy. Trybunał nie zgodził się jednak z tym stanowiskiem i stwierdził, że:

> Zgodnie z orzecznictwem Trybunału zasada równego traktowania, której szczególnym wyrazem są postanowienia art. 52 i 59 TEWG [obecnie art. 49 i 54 TFUE, dopisek J. M.-N.], zakazuje nie tylko jawnej dyskryminacji ze względu na przynależność państwową, ale również wszelkich ukrytych form dyskryminacji, które poprzez zastosowanie innych kryteriów różnicowania, faktycznie prowadzą do tego samego rezultatu[66].

---

[64] Pkt 14 wyroku w sprawach 62 i 63/81.
[65] Sprawa 3/88, ECR 1989, s. 4035.
[66] Ibidem, pkt 8.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

Zdaniem Trybunału regulacje włoskie podlegające ocenie, chociaż są stosowane względem wszystkich przedsiębiorstw, to jednak wyraźnie faworyzują włoskie spółki. Nie można ich przy tym usprawiedliwiać koniecznością sprawowania kontroli nad wykonaniem umowy, czy też zachowania poufności danych będących w dyspozycji przedsiębiorstw w niektórych strategicznych sektorach, co wymagałoby zawarcia umów tylko z tymi podmiotami, do których państwo ma całkowite zaufanie. Odnosząc się do tych argumentów państwa włoskiego Trybunał stwierdził, że:

> rząd włoski ma wystarczające kompetencje w zakresie stanowienia prawa, aby zapewnić, że w trakcie wykonywania umów zostaną uwzględnione przyszłe i nieprzewidywalne okoliczności, oraz aby zapewnić zgodność z ogólnym interesem, a dla ochrony poufności niektórych danych rząd mógł podjąć środki mniej restrykcyjne dla swobody prowadzenia działalności gospodarczej oraz świadczenia usług niż te będące przedmiotem postępowania, zwłaszcza przez nałożenie na personel danych przedsiębiorstw obowiązku zachowania tajemnicy, którego naruszenie mogłoby skutkować wszczęciem postępowania karnego. Z dokumentów przedłożonych Trybunałowi nie wynika, aby personel spółek, których kapitał nie stanowi włoskiej własności publicznej, nie mógł równie skutecznie spełnić takiego obowiązku[67].

Jak widać, Trybunał wyraźnie odwołał się do ogólnego interesu, co wskazuje na element obiektywnego uzasadnienia. Co więcej, w omawianej sprawie odniósł się do możliwości zastosowania mniej restrykcyjnych środków, a nawet je wyraźnie określił. W ten sposób Trybunał pośrednio wskazał na wymóg proporcjonalności środków podejmowanych w interesie ogólnym, stanowiących usprawiedliwienie dyskryminacji pośredniej. Należy również zauważyć, iż odrzucone zostały argumenty rządu włoskiego odnoszące się do wykonywania władzy publicznej oraz do klauzuli derogacyjnej uwzględniającej po-

[67] Ibidem, pkt 11.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

rządek publiczny[68]. W rezultacie regulacje włoskie uznano za sprzeczne z przepisami traktatowymi dotyczącymi swobody prowadzenia działalności gospodarczej.

Odwołanie do ogólnego interesu, a ściślej „nadrzędnych względów interesu publicznego", nastąpiło również w wyroku z 3 czerwca 1992 roku w sprawie Komisja WE v. Republika Włoska[69], w której ocenie podlegały regulacje włoskie dotyczące umów o świadczenie robót publicznych. Wymagały one, aby oferent przewidywał powierzenie minimum 15–30% robót przedsiębiorstwom, które mają zarejestrowaną siedzibę w tym regionie, w którym będą wykonywane prace. Zdaniem Komisji stanowiło to sprzeczne z Traktatem ograniczenie swobody świadczenia usług. Trybunał podzielił ten pogląd, wskazując jednocześnie, że zgodnie z utrwalonym już orzecznictwem traktatowe przepisy dotyczące tej swobody:

> zakazują nie tylko jawnej dyskryminacji ze względu na przynależność państwową, ale również wszelkich ukrytych form dyskryminacji, które poprzez zastosowanie innych kryteriów różnicowania, faktycznie prowadzą do tego samego rezultatu[70].

W tym przypadku, choć przepisy włoskie znajdują zastosowanie do wszystkich przedsiębiorstw, to jednak faworyzują te z nich, które mają siedzibę na terytorium Włoch. Jest bowiem bardziej prawdopodobne, że będą prowadziły one swoją główną działalność w jednym z regionów Włoch, gdzie mają być wykonywane prace. Rząd włoski starał się uzasadniać ocenianą regulację potrzebą wyrównania strat ponoszonych przez małe i średnie przedsiębiorstwa w rezultacie obowiązywania szczególnego systemu zawierania ogólnych umów, na podstawie których świadczone są różne roboty publiczne. W tym względzie Trybunał zauważył, że takie uzasadnienie nie mieści się ani w ramach klauzul derogacyjnych przewidzianych w Traktacie, odno-

---

[68] Ibidem, pkt 12–15.
[69] C-360/89, ECR 1992, s. I–3401.
[70] Ibidem, pkt 11.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

szących się do porządku, bezpieczeństwa lub zdrowia publicznego, ani też tzw. nadrzędnych względów interesu publicznego, stąd też oceniane przepisy włoskie należy uznać za sprzeczne z traktatową swobodą świadczenia usług[71]. W doktrynie zauważa się zatem, że nadrzędne względy interesu publicznego pojawiają się w tej sprawie jako uzasadnienie dla dyskryminacji pośredniej, a nie jak do tej pory środków niedyskryminacyjnych (inaczej: stosowanych bez zróżnicowania, ang. *indistinctly applicable measures*)[72].

Dwa kolejne rozstrzygnięcia odnosiły się natomiast do regulacji art. 7 ust. 2 rozporządzenia 1612/68, a zatem do korzyści socjalnych, z jakich powinni korzystać pracownicy na terytorium państwa członkowskiego, którego nie są obywatelami (miały być one takie same, jak te przysługujące pracownikom krajowym). W doktrynie zauważa się, że w orzecznictwie dotyczącym tego postanowienia Trybunał niejednokrotnie podkreślał, że zakazuje on dyskryminacji w odniesieniu do korzyści socjalnych niezależnie od tego, czy opiera się ona wprost na przynależności państwowej, czy też dochodzi do niej pośrednio[73]. I tak, w wyroku z 21 listopada 1991 roku w sprawie URSSAF v. Hostellerie Le Manoir SARL[74], która dotyczyła przepisów francuskich uzależniających wysokość świadczeń uiszczanych przez pracodawcę od tego, czy stażyści odbywają szkolenie zawodowe w ramach krajowego sytemu edukacyjnego, stwierdził, że w praktyce mogą one prowadzić do dyskryminacji pracowników–stażystów. Jak bowiem wynika z utrwalonego orzecznictwa Trybunału:

> zasada równości traktowania przewidziana zarówno w art. 48 Traktatu, jak i w art. 7 rozporządzenia nr 1612/68 zakazuje nie tylko jawnej dyskryminacji opartej na przynależności państwowej, ale również wszystkich ukrytych form dyskryminacji, które przez zastosowanie innych

---

[71] Ibidem, pkt 14 i 15.

[72] Por. N. Bernard, *Discrimination and Free Movement in EC Law*, „International and Comparative Quarterly" 1996, t. 45, nr 1, s. 97.

[73] Por. E. Ellis, *Social Advantages: A New Lease of Life?*, „Common Market Law Review" 2003, t. 40, nr 3, s. 651.

[74] C-27/91, ECR 1991, s. I–5531.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

> kryteriów różnicowania, faktycznie prowadzą do tego samego rezultatu [...]. W tym względzie należy zaś zauważyć, że chociaż przepisy krajowe powołane w głównym postępowaniu nie opierają się wyraźnie na kryterium przynależności państwowej, to jednak mają zasadniczy wpływ na pracowników–stażystów, którzy są obywatelami innych państw członkowskich[75].

Trybunał dopatrzył się takiej dyskryminacji faktycznej między stażystami będącymi obywatelami francuskimi oraz obywatelami innych państw członkowskich i dlatego też oceniane regulacje krajowe zostały uznane za sprzeczne zarówno z przepisami traktatowymi dotyczącymi swobody przepływu pracowników, jak i art. 7 ust. 2 rozporządzenia nr 1612/68. Co ciekawe, w tej sprawie strona francuska nie próbowała uzasadnić obowiązujących przepisów żadnym ogólnym interesem. Trybunał także nie odniósł się do tego zagadnienia, mimo że na tym etapie rozwoju koncepcji dyskryminacji pośredniej tzw. obiektywne uzasadnienie można było uznać za utrwalony element dotyczących jej rozstrzygnięć.

W następnym wyroku z 10 marca 1993 roku w sprawie Komisja WE v. Luksemburg[76] Trybunał oceniał zgodność z prawem wspólnotowym przepisów luksemburskich, które uzależniały wypłacenie zasiłku macierzyńskiego i z tytułu urodzenia dziecka m.in. od tego, czy jego matka zamieszkiwała na terytorium tego państwa przez okres roku poprzedzającego poród. Odwołując się do wyroku w sprawie *Sotgiu* Trybunał podkreślił, że:

> regulacje dotyczące równości traktowania, przewidziane zarówno w Traktacie, jak i w art. 7 rozporządzenia nr 1612/68, zakazują nie tylko jawnej dyskryminacji ze względu na przynależność państwową, ale również wszystkich ukrytych form dyskryminacji, które przez zastosowanie innych kryteriów różnicowania, faktycznie prowadzą do tego samego rezultatu. Odnosi się to do warunku, aby matka zamieszkiwała na tery-

[75] Ibidem, pkt 10–11.
[76] C-111/91, ECR 1993, s. I–817.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

> torium Luksemburga przez okres roku przed urodzeniem dziecka, ponieważ w praktyce obywatelom Luksemburga łatwiej jest uczynić zadość takiemu wymogowi, niż obywatelom innych państw członkowskich[77].

Po raz kolejny zatem została powtórzona ogólna definicja dyskryminacji pośredniej. Ponownie również rząd Luksemburga odniósł się do obiektywnego uzasadnienia opartego tym razem na względach zdrowia publicznego. Trybunał nie uwzględnił jednak tego argumentu, wskazując, że:

> w przedstawionych okolicznościach dotyczących rozstrzyganej sprawy wymóg wcześniejszego zamieszkiwania na terytorium Luksemburga nie jest ani konieczny, ani też odpowiedni do osiągnięcia zamierzonego celu związanego ze zdrowiem publicznym. Chociaż obowiązek poddania się określonym badaniom lekarskim w Luksemburgu może być uznany za odpowiedni w świetle tego celu, to jednak nieuwzględnienie badań lekarskich, które mogą być przeprowadzone w innych państwach członkowskich, ma nieproporcjonalny charakter [...]. Podobnie nie można zaakceptować argumentu rządu Luksemburga odnoszącego się do konieczności zapewnienia, że wszystkie badania mają miejsce pod kontrolą jednego lekarza. W tym względzie wystarczy zauważyć, że regulacje luksemburskie nie wymagają, aby obowiązkowe badania lekarskie miały miejsce pod kontrolą tego samego lekarza[78].

Trybunał zwrócił zatem uwagę na nieproporcjonalność przepisów luksemburskich. Natomiast nie rozważał, czy zdrowie publiczne może stanowić wystarczające usprawiedliwienie dla zastosowania środków pośrednio dyskryminujących, ponieważ w omawianej sprawie tak naprawdę chodziło o wyraźnie przewidzianą w Traktacie klauzulę derogacyjną.

Podobnie było w wyroku z 2 sierpnia 1993 roku w sprawach Pilar Allué i inni v. Università degli studi di Venezia oraz Università de-

---

[77] Ibidem, pkt 9–10

[78] Ibidem, pkt 12 i 14.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

gli studi di Parma[79], które dotyczyły przepisów włoskich ograniczających do jednego roku okres zatrudnienia na uniwersytecie lektorów języków obcych, z możliwością późniejszego przedłużania umowy o pracę co roku, ale maksymalnie na dalsze pięć lat. Co do zasady, takie ograniczenia nie obowiązywały względem innych nauczycieli czy wykładowców. Te regulacje podlegały już wcześniej ocenie ze strony Trybunału[80], jednakże jego wyrok został różnie zinterpretowany przez sądy włoskie. W rezultacie zwrócono się o ponowne rozstrzygnięcie. Trybunał odwołując się do utrwalonego orzecznictwa, wskazał że:

> zasada równego traktowania, której jednym z wyrazów jest regulacja art. 48 (2) Traktatu, zakazuje nie tylko jawnej dyskryminacji opartej na przynależności państwowej, ale również wszystkich ukrytych form dyskryminacji, które przez zastosowanie innych kryteriów wyróżniających, faktycznie prowadzą do tego samego rezultatu [...] w sprawie 33/88 Trybunał uznał, że chociaż ograniczenie czasowe [...] dotyczące pracy lektora języków obcych na uniwersytecie jest stosowane niezależnie od obywatelstwa pracownika, to jednak głównie odnosi się ono do pracowników, którzy są obywatelami innych państw członkowskich. Zgodnie bowiem ze statystykami dostarczonymi przez rząd włoski tylko 25% wśród lektorów języków obcych to obywatele włoscy. To stwierdzenie, które w sprawie 33/88 odnosiło się jedynie do maksymalnego okresu zatrudnienia sześciu lat w przypadku umów o pracę lektorów języka obcego, znajduje również zastosowanie do regulacji dotyczącej zatrudnienia na okres jednego roku [...][81].

Trybunał nie tylko zatem zastosował tę samą ogólną definicję dyskryminacji pośredniej, co w poprzednich sprawach (inne kryteria wyróżniające, a faktycznie ten sam rezultat), ale również zwrócił uwagę na to, że oceniane przepisy wywarły szczególnie niekorzystny wpływ na lektorów języków obcych, będących obywatelami innych państw

[79] Sprawy połączone C-259/91, C-331/91 i C-332/91, ECR 1993, s. I–4309

[80] Wyrok z 30 maja 1989 roku w sprawie Pilar Allué i Carmel Mary Coonan v. Università degli Studi di Venezia, 33/88, ECR 1989, s. 1591.

[81] Ibidem, pkt 11–13.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

członkowskich. W tym względzie odniósł się do statystyk wskazujących na to, że stanowią oni zdecydowaną większość (75%) w ramach tej kategorii pracowników. Mieliśmy zatem do czynienia z klasycznym przykładem przepisów pośrednio dyskryminujących. Stąd też rząd włoski starał się je uzasadnić wymogami związanymi z nauczaniem oraz zasobami finansowymi pozostającymi w dyspozycji uniwersytetów, jak również właściwym zarządzaniem, które jest ułatwione w przypadku zawierania umów na okres jednego roku. W odpowiedzi na ten argument Trybunał wskazał, że:

> postanowienia Traktatu nie wyłączają możliwości przyjmowania przez państwa członkowskie środków, które są stosowane bez zróżnicowania, a mają na celu zapewnienie właściwego zarządzania uniwersytetami [...] Jednakże takie środki muszą być zgodne z zasadą proporcjonalności, tzn. muszą być konieczne i odpowiednie do osiągnięcia zamierzonego celu[82].

Trybunał odniósł się zatem wyraźnie do możliwości uzasadnienia środków pośrednio dyskryminujących ogólnym interesem związanym z właściwym zarządzaniem uniwersytetami, pod warunkiem jednak, że zachowana została zasada proporcjonalności. Zdaniem Trybunału taka zgodność nie zachodziła w omawianej sprawie, bowiem w przypadku wystąpienia takich okoliczności, jak spadek liczby studentów zapisujących się na zajęcia, mniejsze znaczenie znajomości danego języka w państwie członkowskim, czy też po prostu brak dostatecznych środków finansowych na opłacenie lektorów, wystarczyłoby dokonać wypowiedzenia umowy i taki środek byłby mniej restrykcyjny dla swobody przepływu pracowników[83]. Dlatego też przepisy włoskie zostały uznane za sprzeczne z postanowieniami traktatowymi dotyczącymi tej swobody.

Do podobnych wniosków doszedł Trybunał w wyroku z 28 lutego 1994 roku w sprawie Scholz v. Opera Universitaria di Cagliari

---

[82] Ibidem, pkt 15.
[83] Ibidem, pkt 18.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

and Cinzia Porcedda[84], w której ocenie z punktu widzenia zgodności z prawem wspólnotowym podlegały warunki otwartego konkursu na stanowisko pracownika kantyny na Uniwersytecie Cagliari we Włoszech. Powódka, która posiadała obywatelstwo niemieckie, a następnie nabyła obywatelstwo włoskie przez małżeństwo, podnosiła, że w ramach procedury konkursowej nie uwzględniono jej wcześniejszego okresu zatrudnienia w urzędzie pocztowym na terytorium Niemiec. Trybunał po raz kolejny potwierdził, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem:

> art. 48 Traktatu zakazuje nie tylko jawnej dyskryminacji opartej na przynależności państwowej, ale również wszystkich ukrytych form dyskryminacji, które przez zastosowanie innych kryteriów wyróżniających, faktycznie prowadzą do tego samego rezultatu[85].

Natomiast odnosząc się do stanu faktycznego omawianej sprawy, uznał, że nieuwzględnienie zatrudnienia powódki w urzędzie publicznym innego państwa członkowskiego, w celu przyznania dodatkowych punktów w konkursie, stanowi „nieuzasadnioną dyskryminację pośrednią". Stąd też wskazał, że organ publiczny państwa członkowskiego, który przeprowadza rekrutację na stanowisko nie mieszczące się w zakresie zatrudnienia w administracji publicznej w rozumieniu przepisów traktatowych o swobodnym przepływie pracowników, nie może czynić rozróżnienia w zależności od tego, czy dana osoba była zatrudniona w urzędzie publicznym tego, czy innego państwa członkowskiego[86]. Jak widać, chociaż w ogólnej formule Trybunał odnosi się do ukrytych form dyskryminacji, chcąc zachować ciągłość orzecznictwa, to już przy ocenie środka zastosowanego przez włoski organ wprost wskazuje na jego pośrednio dyskryminujący charakter. Nie ma zatem wątpliwości, że Trybunał uznaje dyskryminację ukrytą za synonim dyskryminacji pośredniej. Ponadto wskazuje ogólnie, że może

---

[84] C-419/92, ECR 1994, s. I–505.
[85] Ibidem, pkt 7.
[86] Ibidem, pkt 12.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

być ona uzasadniona, co jednak nie ma miejsca w tym przypadku. W przeciwieństwie zatem do wcześniej omówionego wyroku, nie została tu szerzej podjęta kwestia obiektywnego uzasadnienia. Być może z tego względu, że organ włoski do niej się nie odniósł, a Trybunał nie dostrzegł na tle stanu faktycznego sprawy ewentualnego interesu ogólnego, który mógłby usprawiedliwić dyskryminujący charakter podjętego środka.

2.2.2. Zastosowanie ogólnej koncepcji dyskryminacji pośredniej w szczególnych obszarach: opodatkowanie bezpośrednie i prawo transportowe

W wyroku z 8 maja 1990 roku w sprawie Klaus Biehl v. Administration des contributions du grand-duché de Luxembourg[87] Trybunał ocenił jako pośrednio dyskryminujące ze względu na przynależność państwową przepisy luksemburskie odnoszące się do bezpośredniego opodatkowania. Chodziło o regulację, zgodnie z którą, jeśli po zakończeniu roku podatkowego powstawała nadpłata z tytułu uiszczonego w tym okresie podatku, podlegała ona zwrotowi tylko, jeśli podatnik mieszkał w Luksemburgu przez całe 12 miesięcy. Tymczasem powód, który był obywatelem niemieckim, po kilku latach pracy w Luksemburgu przeprowadził się do Niemiec i tam podjął pracę w czasie trwania roku podatkowego. W rezultacie odmówiono mu zwrotu nadpłaconego podatku, co zdaniem Pana Biehla stanowiło ukrytą dyskryminację podatników ze względu na przynależność państwową, bowiem faktycznie odnosiło się głównie do obywateli innych państw członkowskich. Trybunał zgodził się z tą argumentacją i przypomniał, że w świetle jego orzecznictwa (wyraźnie przywołany został wyrok w sprawie *Sotgiu*) regulacje dotyczące równego traktowania zakazują nie tylko jawnej dyskryminacji ze względu na przynależność państwową, ale również wszelkich ukrytych form dyskryminacji, które poprzez zastosowanie innych kryteriów różnicowania, faktycznie

[87] C-175/88, ECR 1990, s. I–1779.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

prowadzą do tego samego rezultatu[88]. W ten sposób potwierdził, że ogólna formuła odnosząca się do dyskryminacji pośredniej znajduje zastosowanie także w sprawach odnoszących się do podatków bezpośrednich. Następnie zaś uznał, że:

> nawet jeśli kryterium stałego zamieszkania na terytorium państwowym […] ma zastosowanie niezależnie od przynależności państwowej (obywatelstwa) danego podatnika, to istnieje ryzyko, że będzie działało ono w szczególności na niekorzyść podatników, którzy są obywatelami innych państw. Często bowiem właśnie te osoby w czasie trwania roku opuszczają kraj lub tam zamieszkują[89].

Oznacza to, że samo różnicowanie podatników na podstawie stałego miejsca zamieszkania może prowadzić do dyskryminacji pośredniej ze względu na przynależność państwową, a wystarczającym argumentem do stwierdzenia, że miała ona miejsce, jest zaistnienie ryzyka, że zastosowanie tego kryterium będzie działało przeciwko obywatelom innych państw[90]. Warto przy tym zauważyć, że strona pozwana starała się usprawiedliwić przepisy luksemburskie celem związanym z ochroną progresywnego systemu podatkowego, ale Trybunał nie uznał tej argumentacji z tego względu, że regulacje będące przedmiotem oceny prowadzą do naruszenia zasady równego traktowania w różnych możliwych sytuacjach[91].

Inne stanowisko zajął natomiast w wyroku z 28 stycznia 1992 roku w sprawie Bachmann v. Belgia[92]. Dotyczyła ona przepisów bel-

---

[88] Ibidem, pkt 13.

[89] Ibidem, pkt 14

[90] Por. A. Zalasiński, *Zakaz dyskryminacji w sferze podatków bezpośrednich w prawie podatkowym Wspólnoty Europejskiej*, Warszawa 2006, s. 213, który zauważa, że „ETS nie prowadził badań empirycznych skutków obowiązywania w prawie krajowym przepisów różnicujących traktowanie podatników na podstawie kryterium stałej rezydencji. Sędziowie znacznie uprościli swe rozumowanie, przyjmując, że samo istnienie ryzyka, że takie kryterium będzie działało na szkodę obcokrajowców, powoduje jego niezgodność z prawem wspólnotowym".

[91] Por. szerzej pkt 15 i 16 wyroku w sprawie 175/88.

[92] C-204/90, ECR 1992, s. I–249.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

gijskich uzależniających możliwość odliczenia od dochodu podlegającego opodatkowaniu składek związanych z umowami ubezpieczenia zdrowotnego, ubezpieczenia na życie oraz emerytalnego od tego, czy zostały one zapłacone firmom ubezpieczeniowym mającym siedzibę lub stałe przedstawicielstwo w Belgii. Pan Bachmann, który był rezydentem belgijskim, zawarł umowę ubezpieczenia emerytalnego z towarzystwem ubezpieczeniowym z innego państwa członkowskiego i z tego względu nie mógł skorzystać z ulgi podatkowej, która przysługiwała z tytułu opłacania składek wynikających z analogicznych umów zawartych z podmiotami belgijskimi. Trybunał rozpatrywał tę sprawę zarówno z punktu widzenia zgodności ze swobodą przepływu pracowników, jak i usług. W odniesieniu do pierwszego zagadnienia zauważył ogólnie, że istnieje ryzyko, iż oceniane postanowienia mogą w praktyce być bardziej uciążliwe dla tych pracowników, którzy są obywatelami innych państw członkowskich. Tym samym wskazał na ich pośrednio dyskryminujący charakter. Rząd belgijski, holenderski oraz duński podkreślały jednak konieczność uzasadnienia tych regulacji interesem publicznym związanym z zapewnieniem spójności systemu podatkowego w odniesieniu do ubezpieczeń na życie oraz emerytalnych. Należy bowiem wyjaśnić, że w belgijskim systemie podatkowym utrata wpływów do budżetu państwa, wynikająca z odliczenia składek od dochodu podlegającego opodatkowaniu, była wyrównywana przez opodatkowanie emerytur, rent i odsetek kapitałowych wypłacanych przez ubezpieczających. Jeżeli zaś składki nie podlegały odliczeniu, sumy te były zwolnione z podatku. Dlatego też Trybunał uznał, że w prawie belgijskim istnieje związek między możliwością odliczenia składek i obowiązkiem opodatkowania sum wpłacanych przez ubezpieczających na podstawie umów ubezpieczenia na życie oraz ubezpieczenia emerytalnego. Zauważył również, że spójności systemu podatkowego nie da się osiągnąć przy pomocy mniej restrykcyjnych środków, np. poprzez zobowiązanie ubezpieczyciela z innego państwa do zapłaty podatków. Rozwiązaniem problemu mogłoby być jedynie zawarcie stosownych umów dwustronnych między państwami członkowskimi lub też przyjęcie odpowiednich środków harmonizacyjnych przez Wspólnotę. W rezultacie Trybunał stwierdził, że:

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

> w obecnym stanie prawa wspólnotowego nie jest możliwe zapewnienie spójności takiego sytemu podatkowego poprzez podjęcie środków, które są mniej restrykcyjne, niż te, jakie zastosowano w rozstrzyganej sprawie [...] należy zatem stwierdzić, że w odniesieniu do ubezpieczeń emerytalnych i ubezpieczeń na życie regulacje belgijskie są uzasadnione potrzebą zapewnienia spójności systemu podatkowego, którego są częścią i dlatego też nie są one sprzeczne z art. 48 Traktatu[93].

W omawianym wyroku Trybunał odniósł się zatem wyraźnie do kwestii obiektywnego uzasadnienia i wymogu proporcjonalności środków służących realizacji ogólnego interesu. Chodziło przy tym o interes, który nie był wyraźnie uregulowany w przepisach traktatowych, czyli o spójność systemu podatkowego. Rozstrzygnięcie to jest zarazem przykładem uwzględnienia argumentów wysuwanych przez państwo członkowskie. To korzystne dla Belgii stanowisko Trybunału mogło wiązać się z chęcią podkreślenia znaczenia zasady terytorialności prawa podatkowego.

Z kolei w wyroku z 13 lipca 1993 roku w sprawie The Queen v. Inland Revenue Commissioners, ex parte Commerzbank[94] Trybunał oceniał regulacje brytyjskie, które przyznawały prawo do wypłaty odsetek od zwrotu nadpłaconego podatku, od tego, czy spółka miała swoją rezydencję podatkową (ang. *fiscal or tax residence*) na terenie Zjednoczonego Królestwa. Tymczasem Commerzbank AG była spółką utworzoną w Niemczech i posiadającą oddział w Zjednoczonym Królestwie. Zapłaciła tam podatek od odsetek uzyskanych od spółek ze Stanów Zjednoczonych, a następnie starała się uzyskać jego zwrot, co uczyniono, jednakże odmówiono wypłaty odsetek od zwrotu. Commerzbank odwołała się do sądu, uznając, że taka odmowa stanowi ograniczenie swobody prowadzenia działalności gospodarczej i dyskryminację pośrednią na podstawie przynależności państwowej, ponieważ większość spółek dotkniętych tym ograniczeniem to spółki

[93] Ibidem, pkt 27–28.
[94] C-330/91, ECR 1993, s. I–4017.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

zagraniczne[95]. W swoim rozstrzygnięciu Trybunał odwołał się do wyroku w sprawie *Sotgiu* i przypomniał, że:

> regulacje dotyczące równości traktowania zakazują nie tylko jawnej dyskryminacji ze względu na przynależność państwową lub w przypadku spółki na jej siedzibę, ale również wszelkich ukrytych form dyskryminacji, które poprzez zastosowanie innych kryteriów zróżnicowania faktycznie prowadzą do tego samego rezultatu. Chociaż kryterium dotyczące rezydencji podatkowej na terenie danego kraju jest stosowane niezależnie od siedziby spółki, to jednak jego użycie dla celów przyznania uzupełnienia zwrotu nadpłaconego podatku działa na niekorzyść tych spółek, które mają siedzibę w innych państwach członkowskich[96].

Rząd Zjednoczonego Królestwa starał się uzasadniać to postanowienie krajowe, wskazując, że spółki będące rezydentami i nie będące rezydentami są traktowane w różny sposób dla celów podatkowych, ponieważ znajdują się w różnej sytuacji. Trybunał nie uwzględnił jednak tego argumentu, bowiem jego zdaniem, jeśli spółki nie będące rezydentami są pozbawione prawa do uzupełnienia zwrotu nadpłaconego podatku, do których spółki-rezydenci są zawsze uprawnione, to znajdują się w niekorzystnej sytuacji w porównaniu z tymi ostatnimi[97]. W rezultacie regulacje brytyjskie zostały uznane za sprzeczne z przepisami traktatowymi odnoszącymi się do swobody prowadzenia działalności gospodarczej. Trybunał wyraził zatem stanowisko, zgodnie z którym odwołanie się do kryterium rezydencji podatkowej stanowi przejaw dyskryminacji pośredniej. Problem polega jednak na tym, że to kryterium odgrywa istotną rolę w ramach międzynarodowego opodatkowania, a uwzględnienie go może prowadzić do negatywnego wpływu na krajowe systemy podatkowe państw członkowskich. Dlatego też w późniejszym orzecznictwie Trybunał starał się ograniczyć

[95] Odnośnie do stanu faktycznego sprawy por. szerzej. J. Maliszewska-Nienartowicz, *Zakładanie agencji, oddziałów i filii spółek na terenie UE w świetle wybranych orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości*, „Prawo Spółek" 2006, nr 1, s. 54.

[96] Pkt 14–15 wyroku w sprawie C-330/91.

[97] Por. szerzej pkt. 16–18 wyroku w sprawie C-330/91.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

skutki podejścia opartego na dyskryminacji pośredniej w obszarze bezpośredniego opodatkowania poprzez odniesienie się w szerszym zakresie do kwestii porównywalności rezydentów i nierezydentów oraz stosowanie koncepcji obiektywnego uzasadnienia[98].

Tak było w wyroku z 14 lutego 1995 roku w sprawie Finanzamt Köln-Altstadt v. Roland Schumacker[99], w której Trybunał oceniał zgodność z prawem wspólnotowym regulacji niemieckich dotyczących podatku dochodowego. Różnicowały one podatników w zależności od ich miejsca zamieszkania w ten sposób, że pracownik, który mieszkał w innym państwie członkowskim faktycznie ponosił większe ciężary podatkowe. Dotyczyło to powoda, który był obywatelem Belgii i mieszkał w tym państwie członkowskim, ale jednocześnie cały swój dochód osiągał pracując w Niemczech. Jednakże w związku z tym, że nie był niemieckim rezydentem odmówiono mu prawa do wspólnego rozliczenia z małżonką oraz zwrotu nadpłaty, jaka powstała na koniec roku podatkowego, po zapłaceniu wszystkich zaliczek na podatek dochodowy. Odnosząc się do tych regulacji niemieckich, Trybunał najpierw przypomniał, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem (zwłaszcza z wyrokiem w sprawie *Sotgiu*, do którego wprost się odwołał):

> regulacje dotyczące równości traktowania zakazują nie tylko jawnej dyskryminacji ze względu na przynależność państwową, ale również wszelkich ukrytych form dyskryminacji, które poprzez zastosowanie innych kryteriów zróżnicowania faktycznie prowadzą do tego samego rezultatu. Prawdą jest, że oceniane regulacje znajdują zastosowanie niezależnie od obywatelstwa. Jednakże tego typu postanowienia, które dokonują rozróżnienia ze względu na rezydencję […] działają na niekorzyść głównie obywateli innych państw członkowskich. Nierezydenci to w większości przypadków obcokrajowcy. W tych okolicznościach należy uznać, że korzyści podatkowe przyznawane jedynie rezydentom da-

[98] Por. szerzej Ch. Tobler, *Indirect Discrimination*..., s. 177–178 i cyt. tam literaturę przedmiotu.

[99] C-279/93, ECR 1995, s. I–225.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

nego państwa członkowskiego mogą stanowić dyskryminację pośrednią ze względu na przynależność państwową[100].

Na tym jednak Trybunał nie poprzestał, bowiem w dalszej części wyroku skoncentrował się na zagadnieniu porównywalności podatników. W ramach tego testu najpierw stwierdził, że rezydenci i nierezydenci nie znajdują się co do zasady w porównywalnej sytuacji. Inaczej jest jednak w przypadku, gdy ci ostatni nie otrzymują znaczącego dochodu w państwie, w którym zamieszkują, główną zaś część swojego opodatkowanego dochodu uzyskują z pracy wykonywanej w państwie zatrudnienia, co skutkuje tym, że państwo, w którym mieszkają, nie jest w stanie przyznać im korzyści wynikających z uwzględnienia jego okoliczności rodzinnych i osobistych. W takiej sytuacji dyskryminacja ma miejsce w związku z tym, że w żadnym z tych dwóch krajów członkowskich nie można przyznać nierezydentowi korzyści podatkowych[101]. Powstaje zatem pytanie, czy istnieje uzasadnienie dla takiej dyskryminacji. Trybunał odrzucił argumenty zgłaszane przez strony, choć podobnie jak w sprawie *Bachmann* powoływano się na konieczność spójnego stosowania reżimów podatkowych wobec nierezydentów oraz trudności administracyjne. Ostatecznie zatem stwierdził, że regulacje niemieckie są sprzeczne z przepisami traktatowymi dotyczącymi swobody przepływu osób, przede wszystkim dlatego, że w takiej sytuacji, jak ta będąca przedmiotem postępowania, nie ma możliwości uwzględnienia okoliczności osobistych i rodzinnych nierezydenta i przyznania mu stosownych korzyści podatkowych.

W dziedzinie **prawa transportowego** Trybunał Sprawiedliwości dość późno odniósł się do koncepcji dyskryminacji pośredniej, bowiem nastąpiło to w wyroku z 17 maja 1994 roku w sprawie Corsica Ferries Italia Srl v. Corpo dei Piloti del Porto di Genova[102] w związku z regulacją art. 1 ust. 1 rozporządzenia 4055/86 z 22 grudnia 1986 roku dotyczącego stosowania zasady swobody świadczenia usług do trans-

[100] Ibidem, pkt 26–29.
[101] Ibidem, pkt 36–38. Por. też A. Zalasiński, op. cit., s. 124.
[102] C-18/93, ECR 1994, s. I–1783.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

portu morskiego między państwami członkowskimi i między państwami członkowskimi a państwami trzecimi[103]. Omawiana sprawa dotyczyła opłat, które mieli uiścić operatorzy statków za usługi pilotażu w porcie w Genui. Wysokość tych opłat różniła się w zależności od tego, czy operatorem było przedsiębiorstwo upoważnione do prowadzenia tzw. morskiego kabotażu, czyli obsługi ruchu między dwoma włoskimi portami. Zgodnie z regulacjami włoskimi jedynie statki pływające pod banderą Włoch mogły uzyskać takie upoważnienie. Tymczasem Corsica Ferries była spółką ustanowioną zgodnie z prawem włoskim, ale jej promy były zarejestrowane w Panamie i pływały pod banderą panamską. W rezultacie nie mogła ona skorzystać z niższych taryf i dlatego też zaskarżyła wskazane regulacje. Trybunał w swoim wyroku wprost wskazał na to, że miała miejsce dyskryminacja pośrednia ze względu na przynależność państwową. Powstawała ona wskutek powiązania dwóch czynników – preferencyjnego traktowania statków upoważnionych do prowadzenia kabotażu morskiego oraz faktu, że było to zarezerwowane dla statków pływających pod włoską banderą. Zdaniem Trybunału:

> Taki system pośrednio dyskryminuje podmioty gospodarcze ze względu na ich przynależność państwową, ponieważ statki pływające pod narodową banderą są generalnie obsługiwane przez krajowe podmioty gospodarcze, podczas gdy przedsiębiorstwa transportowe z innych państw członkowskich co do zasady nie obsługują statków zarejestrowanych w państwie stosującym ten system [...] Z tego wynika, że art. 1 (1) rozporządzenia nr 4055/86 zakazuje państwu członkowskiemu stosowania różnych taryf za takie same usługi pilotażowe, w zależności od tego, czy przedsiębiorstwo […] obsługuje statek upoważniony do prowadzenia

[103] Dz. Urz. L 378 z 31.12.1986 r., s. 1–3. Przepis art. 1 ust. 1 przewidywał, że: „Swoboda świadczenia usług transportu morskiego między państwami członkowskimi oraz między państwami członkowskimi a państwami trzecimi stosuje się do obywateli państw członkowskich prowadzących działalność gospodarczą zarejestrowaną w państwie członkowskim innym niż państwo pochodzenia osoby, na rzecz której usługi mają być świadczone". Innymi słowy, zapewniał on swobodę świadczenia usług związanych z transportem morskim w sytuacjach transgranicznych.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

morskiego kabotażu, co jest zarezerwowane dla statków pływających pod banderą tego państwa[104].

Trybunał nie uwzględnił również argumentów wysuwanych dla uzasadnienia takich regulacji. Choć generalnie nie odrzucił możliwości usprawiedliwienia interwencji władz publicznych w sektorze transportowym takimi ogólnymi interesami, jak bezpieczeństwo nawigacji, narodowa polityka transportowa czy ochrona środowiska, to jednak ostatecznie wskazał, że dyskryminacyjny system taryf będący przedmiotem postępowania nie wydaje się konieczny dla osiągnięcia tych celów. W rezultacie został on uznany za sprzeczny z art. 1 ust. 1 rozporządzenia 4055/86. Jak widać, w tej sprawie Trybunał odniósł się do obu części tzw. obiektywnego uzasadnienia, a zatem zarówno ogólnego interesu, jak i jego zgodności z zasadą proporcjonalności. Należy zatem stwierdzić, że w wyrokach wydawanych w szczególnych obszarach, jak opodatkowanie bezpośrednie oraz prawo transportowe Trybunał nie tylko podkreślał powszechny charakter dyskryminacji pośredniej, ale również starał się rozwijać tę koncepcję, zwłaszcza tzw. obiektywne uzasadnienie jako jeden z jej elementów.

2.2.3. Doprecyzowanie koncepcji dyskryminacji pośredniej ze względu na przynależność państwową – wyrok w sprawie *O'Flynn*

Wyrok z 23 maja 1996 roku w sprawie John O'Flynn v. Adjudication Officer[105] dotyczył przepisów Zjednoczonego Królestwa, które uzależniały wypłatę zasiłku pogrzebowego w związku ze śmiercią niektórych członków rodziny, od tego, czy pogrzeb miał miejsce na terytorium tego kraju. Tymczasem powód był obywatelem irlandzkim, zamieszkałym w Zjednoczonym Królestwie po przejściu na emeryturę, któremu umarł syn i pochował go w Irlandii. W rezultacie odmówiono mu wypłaty zasiłku pogrzebowego, co jego zdaniem stanowiło pośrednią dyskryminację pracowników migrujących i naruszyło art. 7 ust. 2 roz-

[104] Pkt 33 i 35 wyroku w sprawie C-18/93.
[105] C-237/94, ECR 1996, s. I–2617.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

porządzenia 1612/68. Pozwany organ twierdził jednak, że warunek może być uznany za dyskryminacyjny tylko, jeśli zostanie wykazane, iż pracownikom migrującym jest znacznie trudniej mu sprostać, niż pracownikom krajowym, mając na uwadze m.in. ich zwyczaje. Innymi słowy, należało dowieść, że taki wymóg, jak przewidziany w regulacji będącej przedmiotem postępowania, może być spełniony tylko przez znacznie mniejszą proporcję pracowników z innych krajów członkowskich w porównaniu z pracownikami krajowymi[106].

Trybunał nie zgodził się z takim tokiem rozumowania i po przywołaniu utrwalonej już w orzecznictwie formuły dotyczącej równego traktowania (zgodnie z którą zakazana jest nie tylko jawna dyskryminacja ze względu na przynależność państwową, ale również wszelkie ukryte formy dyskryminacji, które poprzez zastosowanie innych kryteriów zróżnicowania faktycznie prowadzą do tego samego rezultatu) wskazał, kiedy warunki określone w prawie krajowym należy uznać za pośrednio dyskryminujące. Odwołując się do swoich wcześniejszych wyroków Trybunał wymienił cztery takie sytuacje:

1. gdy warunek jest stosowany bez względu na przynależność państwową, ale w znacznym stopniu wpływa na pracowników migrujących lub;
2. zdecydowaną większość osób, na które wpływa warunek, stanowią pracownicy migrujący lub;
3. gdy wymogi są stosowane bez zróżnicowania, ale mogą być znacznie łatwiej spełnione przez pracowników krajowych niż migrujących lub;
4. gdy istnieje ryzyko, że mogą one działać w szczególności na niekorzyść pracowników migrujących[107].

Dodał przy tym, że jest inaczej jedynie wówczas, gdy:

> przepisy krajowe są uzasadnione obiektywnymi względami niezależnymi od przynależności państwowej pracowników, oraz gdy są one proporcjonalne do słusznego celu, jakiemu służy prawo krajowe[108].

[106] Ibidem, pkt 8–10.

[107] Ibidem, pkt 18.

[108] Ibidem, pkt 19. Warto dodać, że odnosząc się do obiektywnego uzasadnienia

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

Jak widać, Trybunał dokonał tu swoistego podsumowania dotychczasowego orzecznictwa dotyczącego dyskryminacji pośredniej, a następnie określił ogólnie, na czym polega tzw. obiektywne uzasadnienie. Na tej podstawie w sposób bardziej szczegółowy, niż to miało miejsce w wyroku w sprawie *Sotgiu*, wskazał, kiedy ma miejsce omawiana forma dyskryminacji. Zdaniem Trybunału:

> Z powyższego orzecznictwa wynika, że jeśli nie jest obiektywnie uzasadniony i proporcjonalny do zamierzonego celu, **przepis prawa krajowego musi być uznany za pośrednio dyskryminujący w przypadku, gdy ze swej natury może wpłynąć** [*ang. is intrinsically liable to affect*, podkreślenie J. M.-N.] na pracowników migrujących w większym stopniu niż na pracowników krajowych i gdy w rezultacie istnieje ryzyko postawienia tych pierwszych w szczególnie niekorzystnej sytuacji[109].

W rezultacie w odniesieniu do stanu faktycznego omawianej sprawy stwierdził, że przepisy brytyjskie, które uzależniają wypłatę zasiłku pogrzebowego od miejsca pochówku lub kremacji, mają charakter pośrednio dyskryminujący i nie można ich uzasadniać ani ochroną zdrowia publicznego, ani też większymi kosztami czy praktycznymi trudnościami związanymi z wypłatą. Tym samym uznał je za sprzeczne z art. 7 ust. 2 rozporządzenia 1612/68.

Należy zatem zauważyć, że Trybunał nie wymaga udowodnienia, iż dany środek w większym stopniu dotyka migrujących pracowników – wystarczy wykazać jedynie, że może wywołać taki skutek[110]. Zdrowy rozsądek i realia społeczne niejednokrotnie wystarczają dla uznania, że mamy do czynienia z dyskryminacją pośrednią[111]. Stano-

Trybunał przywołał trzy wcześniej wydane wyroki: w sprawie C-204/90 *Bachmann*, w sprawie C-111/91 *Komisja WE v. Luksemburg* oraz sprawach połączonych C-259/91, C-331/91 i C-332/91 *Allué i inni*. Zostały one omówione w poprzednich punktach opracowania.

[109] Ibidem, pkt 20.

[110] Tak wyraźnie Trybunał w pkt. 21 omawianego wyroku.

[111] A. Wengdahl, *Indirect Discrimination and the European Court of Justice*, „CFE Working Paper Series" 2001, s. 41, dostępne na: http://www.cfe.lu.se/upload/LUPDF/CentrumforEuropaforskning/cfewp15.pdf (data dostępu: 9.12.2011).

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

wi to przeciwieństwo stanowiska przyjętego w sprawach dotyczących dyskryminacji pośredniej ze względu na płeć, w ramach których należało wykazywać, że dany środek faktycznie miał bardziej niekorzystny wpływ na kobiety niż mężczyzn, odwołując się przy tym do danych statystycznych (będzie o tym mowa w dalszej części rozdziału). Trybunał zastosował więc dość elastyczne podejście, co miało istotne znaczenie dla dochodzenia roszczeń związanych z dyskryminacją pośrednią ze względu na przynależność państwową. Powodowie mogli bowiem powoływać się nie tylko na argumenty ilościowe, ale również jakościowe dla wykazania niekorzystnego wpływu danego środka na ich sytuację[112].

Skoro formuła zastosowana w sprawie *O'Flynn* koncentruje się na potencjalnym skutku regulacji dla swobodnego przepływu osób, to w rezultacie jej stosowania więcej przepisów krajowych zostanie poddanych ocenie z punktu widzenia ich zgodności z prawem UE[113]. W związku z tym istotnym zagadnieniem staje się możliwość ich uzasadnienia przez państwa członkowskie. Stąd też Trybunał już we wcześniej wydanych wyrokach pozwalał usprawiedliwiać pośrednio dyskryminujące postanowienia krajowe nie tylko poprzez odwołanie się do wyjątków przewidzianych w Traktatach (klauzule derogacyjne), ale również do tzw. obiektywnego uzasadnienia (termin używany w odniesieniu do swobody przepływu osób[114]) bądź też uzasadnienia w interesie ogólnym lub publicznym (terminy występujące w orzecznictwie dotyczącym swobody prowadzenia działalności gospodarczej oraz swobody przepływu usług), które należy uznać za funkcjonalne odpowiedniki[115]. W tym względzie omawiane rozstrzygnięcie nie

---

[112] Por. szerzej D. Schiek, *Indirect Discrimination…*, s. 424. Autorka słusznie zauważa bowiem, że są takie przypadki, w których jest oczywiste, iż kryterium, przepis czy praktyka mają niekorzystny wpływ na chronioną grupę osób.

[113] Por. C. Barnard, *The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms*, Oxford 2007, s. 257.

[114] W pierwszych rozstrzygnięciach pojawiało się określenie: „obiektywne różnice" (tak m.in. w sprawie *Sotgiu* czy w sprawie *Palermo–Toia*).

[115] Por. C. Barnard, *The Substantive Law…*, s. 266. Autorka wskazuje również, że odpowiadają one tzw. wymogom imperatywnym w ramach swobody przepływu towarów.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

stanowi zatem przełomu. Jego znaczenie polega głównie na tym, że potwierdza znaczenie obiektywnego uzasadnienia jako ważnego elementu ogólnej formuły dyskryminacji pośredniej ze względu na przynależność państwową. W ten sposób Trybunał dokonał swoistego podsumowania dotychczasowego orzecznictwa dotyczącego tego zagadnienia. Nic więc dziwnego, że wyrok w sprawie *O'Flynn* stał się (obok wyroku w sprawie *Sotgiu*) głównym punktem odniesienia w późniejszych rozstrzygnięciach dotyczących dyskryminacji pośredniej ze względu na przynależność państwową[116]. Nie wniosły one jednak nowych elementów do ogólnej formuły dyskryminacji pośredniej, a jedynie doprecyzowały dotyczące ich wymogi. W związku z tym wyroki te zostaną omówione w kolejnym rozdziale opracowania.

---

[116] Ściśle rzecz biorąc Trybunał odwoływał się do wyroku w sprawie *O'Flynn* albo do wyroku w sprawie *Sotgiu*, albo też do poprzednio wydanych w danym obszarze rozstrzygnięć. Do pierwszej grupy należą np. wyrok z 27 listopada 1997 roku w sprawie H. Meints v. Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij, C-57/96, ECR 1997, s. I – 6689; wyrok z 30 listopada 2000 roku w sprawie Österreichischer Gewerkschaftsbund i Gewerkschaft öffentlicher Dienst v. Republika Austriacka, C-195/98, ECR 2000 s. I–10497; wyrok z 21 września 2000 roku w sprawie Carl Borawitz v. Landesversicherungsanstalt Westfalen, C-124/99, ECR 2000, s. I–7293; wyrok z 23 marca 2004 roku w sprawie Brian Francis Collins v. Secretary of State for Work and Pensions, C-138/02, ECR 2004, s. I–2703; wyrok z 16 września 2004 roku w sprawie Gerard Merida v. Republika Federalna Niemiec, C-400/02, ECR 2004, s .I–8471; wyrok z 15 września 2005 roku w sprawie Office national de l'emploi v. Ioannis Ioannidis, C-258/04, ECR 2005, s. I–8275; wyrok z 9 listopada 2006 roku w sprawie Monique Chateignier v. Office national de l'emploi (ONEM), C-346/05, ECR 2006, s. I–10951 oraz wyrok z 18 stycznia 2007 roku w sprawie Aldo Celozzi v. Innungskrankenkasse Baden–Württemberg, C-332/05, ECR 2007, s. I–563. Natomiast do rozstrzygnięcia w sprawie *Sotgiu* Trybunał odwołał się m.in. w wyroku z 24 września 1998 roku w sprawie Komisja WE v. Francja, C-35/97, ECR 1998, s. I–5325; w wyroku z 16 maja 2000 roku w sprawie Patrick Zurstrassen v. Administration des Contributions Directes, C-87/99, ECR 2000, s. I–3337; w wyroku z 3 września 2000 roku w sprawie Angelo Ferlini v. Centre Hospitalier de Luxembourg, C-411/98, ECR 2000, s. I–8081; w wyroku z 15 marca 2005 roku w sprawie The Queen (na wniosek Dany Bidar) v. London Borough of Ealing i Secretary of State for Education and Skills, C-209/03, ECR 2005, s. I–2119; w wyroku z 7 lipca 2005 roku w sprawie Komisja WE v. Austria, C-147/03, ECR 2005, s. I–5969; w wyroku z 20 stycznia 2011 roku w sprawie Komisja v. Grecja, C-155/09, ECR 2011, s. I-65.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

2.2.4. Wnioski dotyczące rozwoju dyskryminacji pośredniej ze względu na przynależność państwową w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości

Proces kształtowania ogólnej formuły dyskryminacji pośredniej ze względu na przynależność państwową z jej dwoma głównymi elementami (istnienie formalnie neutralnego środka, który faktycznie ma niekorzystny wpływ na obywateli innych państw członkowskich oraz brak obiektywnego uzasadnienia) trwał ponad dwadzieścia lat. Trybunał stosunkowo szybko dostrzegł możliwość stosowania przez państwa członkowskie regulacji, które mają pośrednio dyskryminujący charakter i nakazał ich rozszerzenie na obywateli innych państw członkowskich. Nastąpiło to w wyroku z 1969 roku w sprawie *Ugliola*, który w związku z tym może być traktowany jako punkt wyjścia do rozwoju omawianej koncepcji. Decydujące znaczenie uzyskało jednak kolejne rozstrzygnięcie z 1974 roku w sprawie *Sotgiu*, bowiem Trybunał podjął tam pierwszą próbę zdefiniowania dyskryminacji pośredniej. Wskazał zatem, że zakazana jest nie tylko jawna dyskryminacja ze względu na przynależność państwową, ale również **wszystkie ukryte formy dyskryminacji, które przez zastosowanie innych kryteriów różnicowania faktycznie prowadzą do tego samego rezultatu.** W tej sprawie kryterium zamieszkania pojawiło się po raz pierwszy jako podstawa dyskryminacji pośredniej i do dziś jest ono uznawane za klasyczny przykład w tym zakresie. Co równie istotne, Trybunał wyjaśnił, dlaczego należy uwzględnić również tę formę dyskryminacji. Jego zdaniem służy to zapewnieniu efektywności wspólnotowej (obecnie unijnej) zasady równości traktowania.

Kolejne wyroki dotyczyły różnych obszarów – polityki rolnej, swobody prowadzenia działalności gospodarczej i przepływu usług, ubezpieczeń społecznych, dostępu do zatrudnienia i jego warunków dla pracowników z innych krajów członkowskich. W ten sposób Trybunał chciał podkreślić, że koncepcja dyskryminacji pośredniej może znaleźć zastosowanie w każdym przypadku, gdy prawo wspólnotowe (obecnie unijne) zakazuje dyskryminacji ze względu na przynależność państwową, nawet jeśli taka regulacja zawarta jest w prawie wtórnym.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

W wyrokach w sprawach: *Komisja WE v. Irlandia*[117], *Palermo–Toia*[118], *Boussac*[119], *Seco*[120], *Komisja WE v. Republika Włoska*[121], *Le Manoir*[122], *Komisja WE v. Luksemburg*[123], *Pilar Allué i inni*[124], *Scholz*[125] konsekwentnie odwoływał się do formuły zastosowanej w rozstrzygnięciu w sprawie *Sotgiu*. W rezultacie pierwszy z elementów dyskryminacji pośredniej – istnienie formalnie neutralnego środka, który faktycznie ma niekorzystny wpływ na obywateli innych państw członkowskich – można było uznać za ugruntowany już w latach osiemdziesiątych ubiegłego wieku. Nieco później, bo w latach dziewięćdziesiątych, omawiana koncepcja pojawiła się w ramach opodatkowania bezpośredniego oraz prawa transportowego, przy czym i w tych obszarach Trybunał zastosował zbliżone podejście, tj. powtórzył formułę z wyroku w sprawie *Sotgiu*.

Nieco wolniej następował rozwój w zakresie drugiego z elementów dyskryminacji pośredniej, czyli tzw. obiektywnego uzasadnienia, które nie od razu pojawiło się w orzecznictwie dotyczącym dyskryminacji ze względu na przynależność państwową. Należy przypomnieć, że w wyroku w sprawie *Sotgiu* Trybunał odniósł się do „obiektywnych różnic", co bardziej nawiązywało do kwestii porównywalności,

---

[117] Sprawa 61/77, ECR 1978, s. 417. Wyrok ten odnosił się do wspólnej polityki rolnej.

[118] Sprawa 237/78, ECR 1979, s. 2645. Wyrok ten odnosił się do zabezpieczenia społecznego.

[119] Sprawa 22/80, ECR 1980, s. 3427. Wyrok ten odnosił się do regulacji art. 7 TEWG (obecnie art. 18 TFUE), który zakazuje dyskryminacji ze względu na przynależność państwową.

[120] Sprawy połączone 62 i 63/81, ECR 1981, s. 223. Wyrok ten odnosił się do swobody przepływu usług.

[121] Sprawa 3/88, ECR 1989, s. 4035. Wyrok ten odnosił się do swobody prowadzenia działalności gospodarczej.

[122] C-27/91, ECR 1991, s. I–5531. Wyrok ten odnosił się do zabezpieczenia społecznego.

[123] C-111/91, ECR 1993, s. I–817. Wyrok ten odnosił się do zabezpieczenia społecznego.

[124] Sprawy połączone C-259/91, C-331/91 i C-332/91, ECR 1993, s. I–4309. Wyrok ten odnosił się do swobody przepływu pracowników (warunków zatrudnienia).

[125] C-419/92, ECR 1994, s. I–505. Wyrok ten odnosił się do swobody przepływu pracowników (dostępu do zatrudnienia).

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

niż uzasadnienia. Próbę połączenia obu zagadnień, choć mało udaną, stanowiło stwierdzenie, które znalazło się w wyroku w sprawie *Palermo–Toia*, gdzie Trybunał wskazał na możliwość uzasadnienia dyskryminacji pośredniej przez obiektywne różnice. Zabrakło jednak wyjaśnienia, co należy rozumieć przez to pojęcie. Jeszcze bardziej problematyczne stanowisko zajął Trybunał w wyroku w sprawie *Boussac*, gdzie zaakceptował nierówne traktowanie na tej podstawie, że jego potencjalna ofiara mogła go uniknąć przez odpowiednie postępowanie. Ten pogląd ma jednak charakter wyjątkowy i nie został powtórzony w późniejszych rozstrzygnięciach. Widać zatem, że Trybunał przez dość długi okres czasu nie podejmował próby ogólnego ujęcia tzw. obiektywnego uzasadnienia w sprawach dotyczących dyskryminacji ze względu na przynależność państwową. Do możliwości uzasadnienia środków pośrednio dyskryminujących interesem ogólnym odwołał się dopiero w 1982 roku w wyroku w sprawie *Seco*, co nastąpiło prawdopodobnie pod wpływem rozwoju zbliżonej koncepcji w orzecznictwie dotyczącym dyskryminacji ze względu na płeć. Nie znaczy to jednak, że sformułował ogólnie wymogi, jakim ma ono odpowiadać.

W kolejnych wyrokach Trybunał nie odwoływał się do tego elementu w sposób systematyczny – bywało bowiem i tak, że jeśli państwo członkowskie nie próbowało usprawiedliwiać swojej regulacji, to w ogóle nie rozważał kwestii obiektywnego uzasadnienia (zob. np. wyrok w sprawie *Le Manoir*). Wprost do wymogu proporcjonalności, istotnego dla stosowania tej koncepcji, odniósł się dopiero w wyrokach z 1993 roku w sprawie Komisja WE v. Luksemburg[126] oraz w sprawie Pilar Allué i inni v. Università degli studi di Venezia i Università degli studi di Parma[127], choć argumenty przedstawiane przez państwa członkowskie już wcześniej były oceniane z punktu widzenia zgodności z tą zasadą. Natomiast w rozstrzygnięciu z 28 stycznia 1992 roku w sprawie Bachmann v. Belgia[128], które dotyczyło opodatkowania bez-

[126] C-111/91, ECR 1993, s. I–817.
[127] Sprawy połączone C-259/91, C-331/91 i C-332/91, ECR 1993, s. I–4309.
[128] C-204/90, ECR 1992, s. I–249.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

pośredniego, uwzględnił argumenty wysuwane przez władze belgijskie i uznał możliwość uzasadnienia stosowanych przez to państwo regulacji spójnością systemu podatkowego. Należy zatem stwierdzić, że obiektywne uzasadnienie stopniowo zaczęło odgrywać ważną rolę w orzecznictwie dotyczącym dyskryminacji pośredniej ze względu na przynależność państwową, umożliwiając w pewnych przypadkach utrzymanie przepisów pośrednio dyskryminujących.

Wyrok w sprawie *O'Flynn* stanowi swoiste podsumowanie dotychczasowej linii orzeczniczej Trybunału. Z tego rozstrzygnięcia wynika wyraźnie, że ogólna formuła dyskryminacji pośredniej obejmuje dwa zasadnicze elementy:

1. pośredni charakter dyskryminacji, czyli istnienie pozornie neutralnego środka, który nie opiera się na zakazanym kryterium (przynależności państwowej), jednakże w praktyce wywiera on niekorzystny wpływ na grupę chronioną (w tym wypadku obywateli innych państw członkowskich), efekt jest więc taki sam, jak w przypadku odwołania się do zakazanego kryterium;
2. brak obiektywnego uzasadnienia, które wiąże się z:
   a) istnieniem prawnie uzasadnionego celu (inaczej obiektywnych względów) niezależnego od zakazanego kryterium (przynależności państwowej) oraz
   b) zgodnością zastosowanego środka z zasadą proporcjonalności, czyli ma on być odpowiedni i konieczny do osiągnięcia słusznego celu, jakiemu służy prawo krajowe.

Zobaczmy zatem, czy w taki sam sposób ukształtowana została ogólna formuła dyskryminacji pośredniej w orzecznictwie dotyczącym równości płci.

2.3. Orzecznictwo dotyczące dyskryminacji pośredniej ze względu na płeć

2.3.1. Wyroki w sprawach *Jenkins* i *Bilka*

Na wstępie należy zauważyć, że o ile art. 2 ust. 1 dyrektywy 76/207 z 9 lutego 1976 roku w sprawie wprowadzenia w życie zasady równego

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

traktowania kobiet i mężczyzn w zakresie dostępu do zatrudnienia, kształcenia i awansu zawodowego oraz warunków pracy[129] przewidywał, że „zasada równego traktowania oznacza brak dyskryminacji ze względu na płeć, zarówno bezpośredniej, jak i pośredniej", o tyle regulacje dotyczące równości wynagrodzeń nie zawierały podobnych sformułowań[130]. Stąd też uwzględnienie omawianej koncepcji w tym obszarze było przejawem twórczej aktywności Trybunału Sprawiedliwości. Przypomnijmy, że pierwsze odwołanie się do dyskryminacji pośredniej w dziedzinie równości wynagrodzeń miało miejsce w omówionej wyżej sprawie *Defrenne II*[131]. Natomiast doprecyzowanie tej koncepcji nastąpiło w kolejnych rozstrzygnięciach, które odnosiły się głównie do pracowników zatrudnionych na pół etatu, a ponieważ w wielu krajach członkowskich zdecydowaną ich część stanowiły kobiety, właśnie nierówne traktowanie tej grupy osób stało się przykładem dyskryminacji pośredniej ze względu na płeć[132].

Taka sytuacja była przedmiotem rozstrzygnięcia z 31 marca 1981 roku w sprawie J.P. Jenkins v. Kingsgate (Clothing Productions) Ltd.[133], które dotyczyło nierównego wynagradzania godzinowego osób zatrudnionych w pełnym oraz niepełnym wymiarze pracy. Pozwany pracodawca początkowo wypłacał różne wynagrodzenie kobietom i mężczyznom, ale stawka godzinowa wynosiła tyle samo, niezależnie od tego, czy dana osoba pracowała na cały, czy też na pół etatu. Następnie jednak zmienił swoją politykę płacową, uzależniając ją od liczby przepracowanych godzin, co w rezultacie prowadziło do usta-

---

[129] Dz. Urz. L 39 z 14.02.1976, s. 40–42.

[130] Por. art. 119 TEWG oraz art. 1 dyrektywy 75/117 z 10 lutego 1975 roku w sprawie zbliżenia ustawodawstw państw członkowskich dotyczących stosowania zasady równości wynagrodzeń dla mężczyzn i kobiet, Dz. Urz. L 45 z 19.02.1975, s. 19–20. Ten ostatni przewidywał wprawdzie zniesienie wszelkiej dyskryminacji, ale nie wskazywał wyraźnie, że chodzi również o jej pośrednie formy.

[131] Sprawa 43/75, ECR 1976, s. 455.

[132] Por. szerzej S. Fredman, *European Community Discrimination Law: A Critique*, „Industrial Law Journal" 1992, t. 21, nr 2, s. 125–126, która podaje przykłady praw pracowników zatrudnionych na pół etatu uznanych w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości.

[133] Sprawa 96/80, ECR 1981, s. 911.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

lenia niższej o 10% stawki godzinowej w odniesieniu do osób zatrudnionych na pół etatu, którymi były prawie wyłącznie kobiety (wyjątek stanowił mężczyzna przebywający na emeryturze, któremu pozwolono wykonywać pewne prace). Trybunał najpierw zauważył ogólnie, że przepis art. 119 TEWG (obecnie art. 157 TFUE) zakazuje stosowania różnic w wynagrodzeniu jedynie z tego względu, że pracownikiem jest osoba określonej płci. Co do zasady zatem, wypłata niższej stawki godzinowej pracownikom zatrudnionym na pół etatu nie stanowi dyskryminacji zabronionej przez to postanowienie. Z inną sytuacją mamy jednak do czynienia, jeśli:

> znacznie mniejszy odsetek kobiet niż mężczyzn wykonuje tygodniowo minimalną liczbę godzin pracy wymaganych do tego, aby żądać stawki godzinowej dla pełnoetatowych pracowników, nierówność wynagrodzenia będzie wówczas sprzeczna z art. 119 TEWG, z uwagi na trudności, na jakie napotykają kobiety w zakresie takiego zorganizowania pracy, aby osiągnąć tą minimalną liczbę godzin pracy; taka polityka płacowa przedsiębiorstwa nie może być wyjaśniona za pomocą innych czynników niż dyskryminacja ze względu na płeć[134].

Następnie Trybunał wskazał, że to sąd krajowy, mając na uwadze okoliczności faktyczne danej sprawy, jej historię oraz zamiar pracodawcy, powinien zdecydować, czy polityka płacowa taka, jak będąca przedmiotem postępowania, w rzeczywistości nie stanowi dyskryminacji opartej na płci. W rezultacie stwierdził ogólnie, że:

> różnica w wynagrodzeniu między pracownikami zatrudnionymi na cały oraz na pół etatu nie stanowi dyskryminacji zakazanej przez art. 119 Traktatu, chyba że w rzeczywistości stanowi ona jedynie pośredni sposób obniżenia poziomu płacy pracowników półetatowych na tej podstawie, że tą grupę pracowników stanowią wyłącznie lub w przeważającej części kobiety[135].

---

[134] Ibidem, pkt 13 wyroku.
[135] Ibidem, pkt 15 wyroku.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

Z jednej strony zatem, Trybunał dostrzegł problem tzw. strukturalnej dyskryminacji, która wiąże się z tradycyjnym podziałem ról w społeczeństwie, w ramach którego kobiety są w większym stopniu zaangażowane w prowadzenie domu i w związku z tym jest im trudniej niż mężczyznom organizować pracę na cały etat[136]. Z drugiej natomiast, podkreślił konieczność wykazania faktycznego niekorzystnego wpływu, jaki wywiera na kobiety dana polityka płacowa pracodawcy. Inaczej zatem niż w sprawach dotyczących dyskryminacji pośredniej ze względu na przynależność państwową nie wystarczyło wskazać jedynie na możliwość pojawienia się takiego skutku. Wyroki Trybunału dotyczące pracowników zatrudnionych na pół etatu, które zostaną omówione w dalszej części opracowania, pokazują jednak na trudności związane z ustaleniem, kiedy faktycznie mamy do czynienia z takim niekorzystnym wpływem. Należy również zauważyć, że w odróżnieniu od rozstrzygnięcia w sprawie *Sotgiu*, Trybunał nie podjął próby zdefiniowania, czy choćby ogólnego opisu dyskryminacji pośredniej ze względu na płeć. Problematyczne jest także jego odwołanie się do zamiaru pracodawcy, który miał być uwzględniony przez sąd krajowy przy ocenie okoliczności rozstrzyganej sprawy. Przypomnijmy bowiem, że w przypadku dyskryminacji pośredniej istotne znaczenie ma skutek środka bądź polityki stosowanej przez pracodawcę. Stąd też ten element rozstrzygnięcia wywołał wiele kontrowersji w praktyce. Na jego podstawie sądzono, że Trybunał przyjął wąskie ujęcie dyskryminacji pośredniej – dane działanie miało charakter dyskryminacyjny, tylko jeśli było zamierzone[137]. Stanowisko Trybunału nie było zatem jednoznaczne[138] i wymagało doprecyzowania w przyszłości.

---

[136] Por. szerzej. E. Ellis, *EU Anti-Discrimination Law*, Oxford 2005, s. 92.

[137] Por. C. Barnard, B. Hepple, *Indirect Discrimination: Interpreting Seymour-Smith*, „Cambridge Law Journal" 1999, t. 58, nr 2, s. 401–402. Autorzy wskazują, że kiedy sprawa wróciła do sądu brytyjskiego, ten stwierdził, że wyrok Trybunału jest tak niejasny, że zastosuje własną interpretację prawa krajowego. W rezultacie uznał, iż niezamierzona dyskryminacja pośrednia przeciwko pracownikom półetatowym płci żeńskiej jest sprzeczna z prawem brytyjskim, nawet jeśli nie narusza art. 119 TWEG.

[138] Tak D. Schiek, *Indirect Discrimination…*, s. 355.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

Podobnie dość ogólnie odniósł się do kwestii obiektywnego uzasadnienia, wskazując, że zasada równej płacy nie zostanie naruszona:

> w zakresie, w jakim różnica w wynagrodzeniu między pracownikami zatrudnionymi na pół oraz na cały etat wiąże się z czynnikami, które są obiektywnie uzasadnione i w żaden sposób niezwiązane z jakąkolwiek dyskryminacją ze względu na płeć. Tak może być zwłaszcza w przypadku, gdy [...] pracodawca dąży, opierając się na względach ekonomicznych, które mogą być obiektywnie uzasadnione, do wspierania pełnego zatrudnienia niezależnie od płci pracownika[139].

Wynika z tego, że polityka pracodawcy, która ma charakter pośrednio dyskryminujący, może być przez niego uzasadniona także czynnikami ekonomicznymi, pod warunkiem że nie są one związane z dyskryminacją ze względu na płeć. Tym samym Trybunał dopuścił możliwość usprawiedliwienia tego typu środków w szerszym zakresie niż to miało miejsce w odniesieniu do dyskryminacji pośredniej na podstawie przynależności państwowej. Można by się zastanawiać, dlaczego tak się stało? Odpowiedzi nie znajdziemy w samym rozstrzygnięciu, ale zarówno powódka, jak i rzecznik generalny Warner w swojej opinii do omawianej sprawy[140] odwoływali się wprost do wyroku Sądu Najwyższego USA w sprawie Griggs v. Duke Power Co. W literaturze zaś wyrażany jest pogląd, że również Trybunał pozostawał pod wpływem amerykańskiej doktryny „zróżnicowanego wpływu"[141]. Przypomnijmy zatem, że pozwalała ona pracodawcy bronić się przed zarzutem dyskryminacji pośredniej, jeśli wykaże, że zastosowany przez niego środek był podyktowany „koniecznością przedsiębiorstwa" (ang. *business necessity*). Stąd też Trybunał dopuścił możliwość

---

[139] Por. szerzej pkt 11–12 wyroku w sprawie 96/80.

[140] Opinia rzecznika generalnego Warnera w sprawie J.P. Jenkins v. Kingsgate (Clothing Productions) Ltd., 96/80, ECR 1981, s. 935–936.

[141] Można nawet spotkać się ze stanowiskiem, że w omawianej sprawie Trybunał „wprost wypożyczył tę doktrynę". Por. szerzej. K. Linos, *Path Dependence in Discrimination Law: Employment Cases in the United States and the European Union*, „Yale Journal of International Law" 2010, t. 35, nr 1, s. 134.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

odwołania się do względów ekonomicznych, nie doprecyzowując jednak, czy chodzi o te, które dotyczą sposobu wykonywania pracy, czy samego przedsiębiorstwa, w tym jego gospodarczej efektywności[142]. Te kwestie również będą wymagały dalszego doprecyzowania w kolejnych rozstrzygnięciach dotyczących dyskryminacji pośredniej ze względu na płeć. W doktrynie wskazuje się także, że jednym z elementów, który mógł zadecydować o uwzględnieniu czynników ekonomicznych w ramach tzw. obiektywnego uzasadnienia, było to, iż w sprawach związanych z równością płci często mamy do czynienia z relacjami o charakterze horyzontalnym, a zatem zachodzącymi między dwiema jednostkami (pracownik–pracodawca)[143]. Inaczej jest natomiast w przypadku dyskryminacji pośredniej ze względu na przynależność państwową, gdzie w grę wchodzą z reguły stosunki pionowe między obywatelami Unii Europejskiej a państwami członkowskimi, co może mieć wpływ na inne spojrzenie Trybunału na kwestię uzasadnienia[144].

Ostatnim zagadnieniem, do jakiego odniósł się Trybunał, było to, czy przepis art. 119 TEWG (obecnie art. 157 TFUE) może zostać bezpośrednio zastosowany w okolicznościach faktycznych omawianej sprawy. Przypomnijmy bowiem, że w wyroku w sprawie *Defrenne II*[145] Trybunał powiązał koncepcję bezpośredniego skutku jedynie z dyskryminacją bezpośrednią. Tymczasem w wyroku w sprawie *Jenkins* stwierdził, że:

> jeżeli sąd krajowy jest w stanie, używając kryterium równej pracy i równej płacy [...] ustalić, że niższe wynagrodzenie godzinowe osoby zatrudnionej na pół etatu niż osoby zatrudnionej na całym etacie jest prze-

---

[142] Odnośnie do takiego rozróżnienia dopuszczalnych podstaw uzasadniających dyskryminację pośrednią por. szerzej. T.K. Hervey, *Justifications for Sex Discrimination in Employment*, London–Dublin–Edinburgh–Brussels 1993, s. 68–73.

[143] Tak słusznie T. Ackermann, *Book Reviews: Christa Tobler, A Case Study into the Development of the Legal Concept of Indirect Discrimination under EC Law*, „Common Market Law Review" 2006, t. 43, nr 6, s. 1781.

[144] Ibidem.

[145] Sprawa 43/75, ECR 1976, s. 455.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

jawem dyskryminacji opartej na różnicy płci, postanowienia art. 119 TEWG są stosowane bezpośrednio do takiej sytuacji[146].

Z tego zaś można wyprowadzić taki wniosek, że regulacje traktatowe dotyczące równego wynagradzania mężczyzn i kobiet mogą wywołać bezpośredni skutek również w przypadku, gdy mamy do czynienia z różnymi formami ukrytej dyskryminacji. Trybunał odniósł się jednak jedynie do okoliczności omawianej sprawy. Natomiast zabrakło pewnego uogólnienia, odnoszącego się do dyskryminacji pośredniej, które mogłoby być pomocne w kolejnych tego typu sprawach. Stąd też zagadnienie to było jeszcze wyjaśniane przez Trybunał w następnych rozstrzygnięciach.

Miało to miejsce m.in. w wyroku z 13 maja 1986 roku w sprawie Bilka – Kaufhaus GmbH v. Karin Weber von Hartz[147], w którym Trybunał doprecyzował swoje stanowisko odnośnie do dyskryminacji pośredniej ze względu na płeć. Sprawa dotyczyła systemu uzupełniających świadczeń emerytalnych, które były przyznawane osobom zatrudnionym na pół etatu, pod warunkiem że spełniły one wymóg dwudziestu lat pracy, w tym piętnastu w pełnym wymiarze. Pracownica Karin Weber została pozbawiona prawa do uzupełniającego świadczenia emerytalnego, wobec niespełnienia drugiego ze wskazanych warunków. Twierdziła, że taka polityka pracodawcy stanowi pośrednią dyskryminację ze względu na płeć, bowiem zdecydowaną większość pracowników zatrudnionych na pół etatu w Bilka Kaufhaus stanowiły kobiety. Podkreślała przy tym, iż kobiety częściej niż mężczyźni podejmują zatrudnienie na pół etatu, aby mogły lepiej opiekować się rodziną i dziećmi. W związku z tymi zarzutami sąd niemiecki zawiesił postępowanie i zadał Trybunałowi kilka pytań, w tym, czy będziemy mieli do czynienia z naruszeniem art. 119 TEWG (obecnie art. 157 TFUE) w formie dyskryminacji pośredniej, jeśli dom towarowy, który zatrudnia głównie kobiety, wyłącza pracowników zatrudnionych na pół etatu

[146] Por. pkt 18 wyroku w sprawie 96/80 oraz L. Florek, *Orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawach dotyczących równego traktowania mężczyzn i kobiet*, „Polityka Społeczna" 1995, nr 11/12, s. 9.

[147] Sprawa 170/84, ECR 1986, s. 1607.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

z korzyści związanych z systemem świadczeń emerytalnych, mimo że takie wyłączenie ma wpływ na nieproporcjonalnie wyższą liczbę kobiet niż mężczyzn[148]. Trybunał najpierw odniósł się do wyroku w sprawie *Jenkins*, bowiem jego zdaniem praktyki stosowane przez obu pracodawców były zbliżone. Dlatego też wnioski, do jakich tam doszedł, należało zastosować również w omawianej sprawie. Odpowiadając na pytanie sądu krajowego uściślił jednak swoje stanowisko, bowiem nie odwołał się do zamiaru pracodawcy. Wskazał mianowicie, że:

> Art. 119 jest naruszony przez dom towarowy, który wyłącza półetatowych pracowników z systemu świadczeń emerytalnych w sytuacji, gdy to wyłączenie ma wpływ na dużo większą liczbę kobiet niż mężczyzn, chyba że przedsiębiorstwo wykaże, iż to wyłączenie opiera się na obiektywnie uzasadnionych okolicznościach niezwiązanych z jakąkolwiek dyskryminacją na podstawie płci[149].

Trybunał doprecyzował zatem koncepcję dyskryminacji pośredniej ze względu na płeć, potwierdzając, iż zamiar pracodawcy nie odgrywa w niej żadnej roli. W rezultacie wyrok w sprawie *Bilka* jest uznawany za przełomowy w tym obszarze, choć tak naprawdę nie zawiera on definicji dyskryminacji pośredniej, a jedynie opis, na czym ona polega w tym szczególnym przypadku, w którym pracodawca opiera się na kryterium czasu pracy[150]. Niemniej jednak ogólna formuła nawiązująca do niekorzystnego wpływu danego środka, wymogu czy praktyki na znacznie większą liczbę kobiet niż mężczyzn mogła być stosowana również w innych przypadkach niezwiązanych z równością wynagrodzeń. Trybunał nie określił jednak, co należy rozumieć pod pojęciem „dużo większej liczby", a zatem, jak ma przedstawiać się proporcja między kobietami i mężczyznami zatrudnionymi na pół etatu, ani też, jak ją wykazać. Te elementy zostaną doprecyzowane w kolejnych rozstrzygnięciach.

---

[148] Ibidem, pkt 8.
[149] Ibidem, pkt 31.
[150] Tak też Ch. Tobler, *Indirect Discrimination*..., s. 148–149.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

W dalszej części wyroku w sprawie *Bilka* Trybunał zajął się kwestią obiektywnego uzasadnienia. Powód utrzymywał bowiem, że wykluczenie pracowników pracujących w niepełnym wymiarze z systemu świadczeń emerytalnych oparte było na obiektywnie uzasadnionych ekonomicznych przesłankach. Podkreślał, że zatrudnienie w pełnym wymiarze w porównaniu z niepełnym łączy się z mniejszymi dodatkowymi kosztami i pozwala na użycie personelu przez cały czas otwarcia sklepu. Bilka wskazywała także, że aby uczynić pracę na cały etat, która była bardziej opłacalna dla firmy, atrakcyjniejszą dla pracowników, otwarto możliwość przystąpienia do zakładowego programu emerytalnego tylko dla pracowników pracujących w pełnym wymiarze godzin[151]. Podobnie, jak w sprawie *Jenkins* Trybunał powierzył ocenę tego uzasadnienia sądowi krajowemu, potwierdzając możliwość oparcia go na względach ekonomicznych. Zarazem dał pewne wskazówki w tym zakresie, bowiem wskazał, że sąd krajowy powinien mieć na uwadze, to czy środki zastosowane przez powoda:

- odpowiadają rzeczywistej potrzebie przedsiębiorstwa,
- są odpowiednie do osiągnięcia zamierzonego celu,
- są konieczne do tego celu.

W rezultacie wskazał ogólnie, iż:

> zgodnie z art. 119 dom towarowy może uzasadnić przyjęcie polityki płacowej, wyłączającej pracowników zatrudnionych na pół etatu, niezależnie od ich płci, z zakładowego systemu emerytalnego na tej podstawie, że zmierza do zatrudnienia jak najmniejszej liczby pracowników w niepełnym wymiarze godzin, jeśli zostanie ustalone, że środki wybrane dla osiągnięcia tego celu odpowiadają prawdziwej potrzebie przedsiębiorstwa, są odpowiednie do osiągnięcia zamierzonego celu oraz konieczne do tego celu[152].

W ten sposób Trybunał ustanowił bardziej wymagający test obiektywnego uzasadnienia, niż miało to miejsce w wyroku w sprawie *Jen-*

[151] Por. pkt 7 i 33 wyroku w sprawie 170/84 oraz M. Wandzel, *Wybrane zagadnienia jednakowego wynagrodzenia kobiet i mężczyzn w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości...*, s. 111.

[152] Pkt 37 wyroku w sprawie 170/84.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

kins. Składał się on bowiem z trzech wskazanych wyżej elementów, co oznaczało, że dla uwolnienia się od zarzutu dyskryminacji pośredniej pracodawca musiał wykazać, iż: 1) dokonane przez niego rozróżnienie nie opiera się na płci, ale chodzi o obiektywne okoliczności niezwiązane z jakąkolwiek dyskryminacją na tej podstawie; 2) występuje tzw. prawdziwa potrzeba po jego stronie (ang. *genuine need*), 3) zastosowane środki są odpowiednie i konieczne do osiągnięcia zamierzonego celu. Trybunał ustanowił również regułę, iż ocena tych okoliczności należy do sądu wewnętrznego jako najlepiej znającego lokalne uwarunkowania[153]. Ma on stosować dość surowy test proporcjonalności – jeśli ustali, że istnieją środki alternatywne, w mniejszym stopniu dyskryminujące osoby danej płci, to nie może uwzględnić argumentów przedstawianych przez pracodawcę[154]. W praktyce zatem zasada proporcjonalności zaczyna odgrywać kluczową rolę w kontekście uzasadnienia podjętych działań. Nawet bowiem, gdy środek uwzględnia prawdziwą potrzebę po stronie przedsiębiorcy, ale jest nieproporcjonalny, nie będzie mógł zostać utrzymany[155].

Wyrok w sprawie *Bilka* miał zatem ogromne znaczenie w kontekście wypracowania standardów dotyczących obiektywnego uzasadnienia w ramach dyskryminacji pośredniej ze względu na płeć. Nie wszystkie kwestie zostały jednak w nim określone. Wciąż brakowało uściślenia, jakie obiektywne okoliczności mogą stanowić podstawę do uzasadnienia, jak również, co należy rozumieć pod pojęciem „praw-

---

[153] W. Czapliński, *Zasada równouprawnienia płci w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości*, [w:] *Wokół problemów zawodowego równouprawnienia kobiet i mężczyzn*, R. Siemieńska (red.), Warszawa 1997, s. 31 oraz. D. Schiek, *Indirect Discrimination*.., s. 357.

[154] Por. G. More, *Equality of Treatment in EC Law: the Limits of Market Equality*, [w:] *Feminist Perspectives on the Foundational Subjects of Law*, A. Bottomley (red.), Londyn 1996, s. 272. Por. też E. Ellis, *Gender Discrimination Law in the European Community*, [w:] *Discrimination Law: Concepts, Limitations and Justifications*, J. Dine, B. Watt (red.), Londyn 1996, s. 25, która podkreśla, że istotne znaczenie ma wykazanie, iż dyskryminacyjny środek jest jedynym sposobem na osiągnięcie prawnie uznanego celu.

[155] Tak E. Ellis, *The Concept of Proportionality in European Community Sex Discrimination Law*, [w:] *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, E. Ellis (red.), Oxford 1999, s. 167.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

dziwej potrzeby po stronie przedsiębiorstwa". Ponadto należy zauważyć, że wyroki w sprawie *Jenkins* i *Bilka* dotyczyły praktyk stosowanych przez pracodawców. Wciąż otwarte pozostawało pytanie, czy Trybunał będzie gotowy zainterweniować również w sytuacji, w której dyskryminacja pośrednia ze względu na płeć pojawi się w rezultacie stosowania regulacji krajowych, a zatem gdy ocenie będzie podlegało działanie samych państw członkowskich, oraz czy zastosuje wówczas ten sam test obiektywnego uzasadnienia?

2.3.2. Ocena regulacji państw członkowskich – wyroki w sprawach *Teuling* i *Rinner-Kühn*

Odpowiedź pojawiła się stosunkowo szybko, bo już w wyroku z 11 czerwca 1987 roku w sprawie J. W. Teuling v. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Chemische Industrie[156], która dotyczyła holenderskiej ustawy o ubezpieczeniu na wypadek niezdolności do pracy. Uzależniała ona wzrost związanych z tym świadczeń częściowo od stanu cywilnego i sytuacji rodzinnej danej osoby, w tym od dochodów współmałżonka. Powódka twierdziła, że tego typu regulacja ma charakter pośrednio dyskryminujący ze względu na płeć i w związku z tym jest sprzeczna z art. 4 ust. 1 dyrektywy 79/7 w sprawie stopniowego wprowadzania w życie zasady równego traktowania kobiet i mężczyzn w dziedzinie zabezpieczenia społecznego[157]. Trybunał zgodził się z tym zarzutem, wskazując, że przepis ten przewiduje w odniesieniu do zabezpieczeń społecznych zakaz jakiejkolwiek dyskryminacji bezpośredniej, czy też pośredniej poprzez odniesienie się do stanu cywilnego lub sytuacji rodzinnej. Jeśli zatem system świadczeń bierze pod uwagę tego typu stan i zostanie ustalone, że znacznie mniejsza liczba kobiet niż mężczyzn jest uprawniona do otrzymania dodatków w ramach tego systemu, to przepis art. 4 ust. 1 dyrektywy 79/7 zostaje naruszony, chyba że oceniana regulacja prawna może zostać uzasadniona czynnikami niezwiązanymi z dyskryminacją ze względu

[156] Sprawa 30/85, ECR 1987, s. 2497.
[157] Dz. Urz. L 6 z 10.01.1979, s. 24–25.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

na płeć. W związku z tym należy rozważyć, jaki jest cel wypłacanych świadczeń. W tym względzie rząd holenderski wskazywał, iż chodzi o zapewnienie minimalnych środków utrzymania dla osób, które nie uzyskują dochodu z pracy. Trybunał podkreślił natomiast, że taka gwarancja dla osób, które w przeciwnym razie pozostałyby bez środków do życia, stanowi integralną część polityki społecznej państwa członkowskiego. W rezultacie uznał, iż może ona stanowić uzasadnienie dla stosowania środków pośrednio dyskryminujących:

> jeśli zatem sąd krajowy, do którego należy wyłączna jurysdykcja w zakresie oceny okoliczności faktycznych oraz interpretacji przepisów krajowych, ustali, że dodatki do świadczeń, takie jak będące przedmiotem oceny w rozstrzyganej sprawie, są adekwatne do większych ciężarów, jakie ponoszą beneficjenci posiadający na utrzymaniu współmałżonka lub dzieci, w porównaniu z osobą żyjącą samotnie oraz służą zapewnieniu odpowiednich minimalnych środków utrzymania dla tych beneficjentów i są konieczne dla tego celu, fakt, że takie dodatki są wypłacane znacznie wyższej liczbie żonatych mężczyzn niż zamężnych kobiet nie jest wystarczający dla poparcia wniosku, że ich przyznanie jest sprzeczne z dyrektywą[158].

Jak widać, Trybunał zdecydował się dokonać oceny regulacji krajowych, a to oznacza, że jest gotowy interweniować także w tych przypadkach, gdy dyskryminacja pośrednia ze względu na płeć jest spowodowana działalnością państw członkowskich. Jednocześnie jednak w omawianej sprawie zastosował nieco inny, jak się wydaje mniej wymagający, test obiektywnego uzasadnienia w porównaniu z tym, jakim posłużył się przy ocenie praktyk pracodawców. Prawdopodobnie wiązało się to z tym, że oceniany środek stanowił część polityki społecznej państwa członkowskiego, co było nowym elementem w porównaniu z rozstrzygnięciami w sprawach *Jenkins* i *Bilka*. Należy także zauważyć, że chociaż oceną uzasadnienia ma zajmować się sąd krajowy, to jednak Trybunał daje mu w tym względzie wskazówki.

---

[158] Pkt 18 wyroku w sprawie 30/85.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

W pewnym zatem sensie sprawuje on nadzór nad dokonaną przez niego interpretacją[159].

Szerzej do tego zagadnienia Trybunał odniósł się w wyroku z 13 lipca 1989 roku w sprawie Rinner-Kühn v. FWW Spezial-Gebäudereinigung GmbH & Co. KG.[160]. Dotyczył on niemieckiej regulacji wyłączającej pracowników, których czas pracy nie przekracza dziesięciu godzin tygodniowo bądź czterdziestu pięciu godzin miesięcznie, z przywileju otrzymywania od pracodawcy wynagrodzenia w przypadku niezdolności do pracy przez okres do sześciu tygodni. Na tej podstawie powódka pracująca dziesięć godzin tygodniowo nie otrzymała wynagrodzenia za okres nieobecności w pracy z powodu choroby. Trybunał zauważył, że ustawodawca niemiecki dokonuje w ten sposób podziału pracowników na dwie kategorie: tych, których czas pracy nie przekracza minimalnej liczby godzin tygodniowo lub miesięcznie, oraz którzy pracują w pełnym wymiarze godzinowym, przy czym z akt sprawy wynika, że procentowo znacznie mniejsza liczba kobiet niż mężczyzn należy do drugiej grupy. W związku z tym uznał, że oceniana regulacja narusza art. 119 TEWG (obecnie art. 157 TFUE), wskazując zarazem, iż wniosek byłby inny tylko wówczas, gdyby to rozróżnienie miedzy dwiema kategoriami pracowników było uzasadnione czynnikami obiektywnymi niezwiązanymi z jakąkolwiek dyskryminacją ze względu na płeć. Rząd niemiecki w trakcie postępowania podnosił, że pracownicy zatrudnieni na minimalną liczbę godzin nie są tak zintegrowani w ramach zatrudniającego ich przedsiębiorstwa, jak pozostali pracownicy. Trybunał nie uznał tego jednak za dostateczne uzasadnienie, wskazując, że są to jedynie pewne uogólnienia, nie zaś obiektywne czynniki. Jednocześnie dał państwom członkowskim wyraźną wskazówkę odnośnie do tego, co mogłoby usprawiedliwić pośrednio dyskryminujące regulacje prawne. Mianowicie:

> [...] jeśli państwo członkowskie może wykazać, że wybrane środki służą koniecznemu celowi jego polityki społecznej, oraz że są one odpowied-

[159] Tak słusznie E. Ellis, *Gender Discrimination Law in the European Community…*, s. 26.

[160] Sprawa 171/88, ECR 1989, s. 2743.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

> nie i konieczne do jego osiągnięcia, zwykły fakt, że dane postanowienie wpływa na znacznie większą liczbę pracowników płci żeńskiej, niż męskiej nie może przesądzać o naruszeniu art. 119. Do sądu krajowego, który ma wyłączną jurysdykcję w zakresie oceny okoliczności faktycznych oraz interpretacji prawa krajowego, należy stwierdzenie, czy i w jakim zakresie regulacja prawna, która choć stosowana niezależnie od płci pracownika, faktycznie ma wpływ na znacznie większą liczbę kobiet niż mężczyzn, jest uzasadniona względami, które są obiektywne i niezwiązane z jakąkolwiek dyskryminacją ze względu na płeć[161].

Trybunał podkreślił zatem, że regulacje krajowe, które mają pośrednio dyskryminujący charakter, mogą zostać utrzymane, jedynie jeśli zostaną obiektywnie uzasadnione. W takim wypadku państwo członkowskie musi wykazać, że wybrane środki:

- służą koniecznemu celowi jego polityki społecznej;
- są odpowiednie do jego osiągnięcia;
- są konieczne do jego osiągnięcia.

W ten sposób Trybunał potwierdził, że działania państw członkowskich, w tym przyjmowane przez nie regulacje prawne, będą podlegały ocenie z punktu widzenia zgodności z ogólną zasadą równości. Jeśli okaże się, że mają one niekorzystny wpływ na znacznie większą liczbę pracowników płci żeńskiej, niż męskiej, a zatem ma miejsce dyskryminacja pośrednia ze względu na płeć, wówczas państwo członkowskie musi wskazać na konieczny cel swojej polityki społecznej. Z tego wynika, że jedynie racje wyższego rzędu, związane z realizowaną w danym kraju polityką społeczną, mogą stanowić podstawę uzasadnienia. Ponadto regulacja krajowa musi być odpowiednia i konieczna do zamierzonego celu, co oznacza, że zasada proporcjonalności pełni ważną rolę w kontekście ustalania, co w danym przypadku powinno przeważyć – równość kobiet i mężczyzn, czy konieczny cel polityki społecznej. Dlatego też istotne znaczenie ma to, jak jest ona stosowana w praktyce[162].

---

[161] Pkt 14 i 15 wyroku w sprawie 171/88.

[162] Por. szerzej A. Arnull, *The European Union and Its Court of Justice*, Oxford 2006, s. 573.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

Należy przy tym zauważyć, że o ile w omawianym wyroku Trybunał odniósł się do koniecznego celu polityki społecznej, to już w późniejszych rozstrzygnięciach wskazywał na „prawnie uzasadniony cel polityki społecznej”[163], co mogłoby oznaczać pewną zmianę w jego podejściu do testu obiektywnego uzasadnienia w sprawach dotyczących działań państw członkowskich. Przyjrzyjmy się zatem bliżej dalszemu orzecznictwu Trybunału, aby stwierdzić, w jaki sposób ustalane są dwa podstawowe elementy dyskryminacji pośredniej ze względu na płeć – niekorzystny wpływ środka na znacznie większą liczbę kobiet niż mężczyzn oraz obiektywne uzasadnienie. Analiza ta pozwoli doprecyzować różnice, jakie występują w przypadku, gdy ocenie podlega działalność pracodawców oraz państw członkowskich.

2.3.3. Dalszy rozwój koncepcji dyskryminacji pośredniej ze względu na płeć

Wyrok z 17 października 1989 roku w sprawie Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark v. Dansk Arbejdsgiverforening (Danfoss)[164] dotyczył polityki płacowej stosowanej przez pracodawcę w ramach układu zbiorowego. Polegała ona na tym, że firma Danfoss opłacała wszystkich według tej samej taryfy, jednakże wprowadziła zróżnicowane dodatki w zależności od dyspozycyjności pracownika, stażu pracy i wykształcenia. Wskutek tego typu działań średnie wynagrodzenie mężczyzn było wyższe o 6,85% od wynagrodzenia kobiet[165]. Trybunał uznał, że system płac stosowanych przez firmę nie był przejrzysty, w związku z tym to na niej spoczywa ciężar wykazania, że nie ma on dyskryminacyjnego charakteru. Należy zatem zauważyć, że Trybunał nie analizował szerzej pierwszego elementu dyskryminacji pośredniej. Zadowolił się stwierdzeniem niekorzystnego dla kobiet systemu płac, nie wchodząc w szczegółową analizę, w jaki sposób doszło do powstania tych nierówności[166]. Następnie zaś przeszedł do

[163] Tak np. wyroku z 7 maja 1991 roku w sprawie Komisja WE v. Królestwo Belgii, C-229/89, ECR 1991, s. I–2205, pkt 22.

[164] Sprawa 109/88, ECR 1989, s. 3199.

[165] Ibidem, pkt 3–4.

[166] Słusznie zwraca na to uwagę W. Czapliński, op. cit., s. 32.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

oceny obiektywnego uzasadnienia takiej polityki pracodawcy, odrębnie oceniając kolejne, wskazywane przez niego kryteria. I tak, w odniesieniu do dyspozycyjności (mobilności) stwierdził, że jeśli jest ona brana pod uwagę dla wynagrodzenia jakości pracy świadczonej przez pracownika, to nie może stanowić wystarczającego uzasadnienia, gdy występuje skutek taki, jak w rozstrzyganej sprawie, a zatem działa na niekorzyść kobiet. Zdaniem Trybunału nie jest bowiem prawdopodobne, aby jakość pracy kobiet była generalnie słabsza. Natomiast, jeśli pracodawca ma na uwadze możliwości pracownika w zakresie dostosowania się do zróżnicowanych godzin i miejsc pracy, to tak rozumiane kryterium dyspozycyjności działa wprawdzie na niekorzyść kobiet, bowiem z uwagi na ich obowiązki domowe i rodzinne nie są w stanie zorganizować swojego czasu pracy w elastyczny sposób, jednakże pracodawca mógłby próbować uzasadniać jego stosowanie przez wykazanie jego znaczenia dla wykonywania specyficznych zadań powierzonych pracownikowi[167]. W odniesieniu do wykształcenia (szkolenia zawodowego) Trybunał przyjął takie samo stanowisko, wskazując, że zróżnicowanie wynagrodzenia z tego względu również można uzasadnić znaczeniem dla wykonywania specyficznych zadań powierzonych pracownikowi. Natomiast inaczej podszedł do kryterium stażu pracy, uznając, iż łączy się ono z doświadczeniem, które generalnie pozwala pracownikom lepiej wykonywać ich obowiązki. Dlatego też pracodawca może uzależniać wysokość dodatków od stażu pracy bez potrzeby wykazywania jego znaczenia dla wykonywania specyficznych zadań powierzonych pracownikowi, czyli nie musi przedstawiać szczególnego uzasadnienia w odniesieniu do tego kryterium[168].

Należy zatem zauważyć, że Trybunał nie dokonał tu analizy obiektywnego uzasadnienia w sposób zgodny z wymogami ustanowionymi w wyroku w sprawie *Bilka* – przede wszystkim bowiem nie nakazał sądowi krajowemu zbadania, czy wskazywane przez pracodawcę kryteria odpowiadały jego rzeczywistym potrzebom i czy nie istniały inne, mniej dyskryminacyjne sposoby osiągnięcia wskazywa-

[167] Pkt 22 wyroku w sprawie 109//88.
[168] Ibidem, pkt 24 i 25.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

nych przez niego celów[169]. Szczególnie niekorzystne dla zapewnienia równego traktowania mężczyzn i kobiet w zakresie wynagrodzeń były ustalenia Trybunału dotyczące stażu pracy, bowiem pracodawcy mogli na ich podstawie ustalać wyższe dodatki dla mężczyzn z dłuższym stażem, nie stwierdzając, czy większe doświadczenie z tym związane przekłada się na jakość ich pracy[170]. Na szczęście Trybunał miał sposobność zrewidowania swojego stanowiska w tym zakresie w późniejszym orzecznictwie.

Kolejny wyrok z 13 grudnia 1989 roku w sprawie Ruzius-Wilbrink v. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Overheidsdiensten[171] dotyczył przepisów holenderskich odnoszących się do zabezpieczenia społecznego, które dyskryminowały osoby pracujące w niepełnym wymiarze czasu pracy, w szczególności ograniczały wysokość zasiłku z powodu niepełnosprawności otrzymywanego przez tę kategorię pracowników do sumy uzyskiwanej wcześniej jako wynagrodzenie. W toku postępowania pojawiło się pytanie, czy taka regulacja nie stanowi dyskryminacji pośredniej ze względu na płeć zakazanej przez dyrektywę 79/7 w sprawie stopniowego wprowadzania w życie zasady równego traktowania kobiet i mężczyzn w dziedzinie zabezpieczenia społecznego[172]. Trybunał uznał, że jeśli wpływa ona na znacznie większą liczbę kobiet niż mężczyzn, to ma pośrednio dyskryminacyjny charakter, chyba że można ją uzasadnić obiektywnymi czynnikami niezwiązanymi z jakąkolwiek dyskryminacją ze względu na płeć. W tym względzie odwołał się do wyroku w sprawie *Rinner-Kühn*, co mogło oznaczać, że należało zastosować takie same, jak tam wskazane kryteria obiektywnego uzasadnienia. Trybunał sam podjął się jego oceny, odnosząc się do jedynego zgłaszanego w tej sprawie usprawiedliwienia, mianowicie, że przyznanie pracownikom zatrudnionym w niepełnym

---

[169] Tak słusznie A. Arnull, *The European Union and Its Court…*, s. 573–574. Por. też G. Beck, *The State of EC Anti-Sex Discrimination Law and the Judgment in Cadman or How the Legal Can Become the Political*, „European Law Review" 2007, t. 32, nr 4, s. 552.

[170] A. Arnull, op. cit., s. 574.

[171] Sprawa 102/88, ECR 1989, s. 4311.

[172] Dz. Urz. L 6 z 10.01.1979, s. 24–25.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

wymiarze zasiłku w wyższej kwocie, niż dochód, który otrzymywali do tej pory, byłoby niesłuszne. Argument ten został odrzucony, bowiem taki skutek regulacji krajowej, tj. podniesienie wysokości zasiłku w stosunku do dotychczasowego dochodu, występował także względem innych kategorii podmiotów, jak choćby studentów. Jak widać, Trybunał starał się wniknąć w okoliczności faktyczne i prawne sprawy, aby kontrolować sposób zastosowania koncepcji obiektywnego uzasadnienia w odniesieniu do ustawodawstwa państwa członkowskiego[173]. Co równie istotne, dookreślił skutki ustalenia przez sąd krajowy, że mamy do czynienia z dyskryminacją pośrednią ze względu na płeć, która jest wynikiem działań państwa. W takim przypadku:

> grupa osób, która znalazła się w niekorzystnej sytuacji z powodu dyskryminacji musi być traktowana w taki sam sposób i zgodnie z tymi samymi regulacjami, jak inni beneficjenci zasiłków [...] aż do momentu zapewnienia prawidłowej implementacji dyrektywy [tj. dyrektywy 79/7, dopisek J. M.-N.][174].

Oznacza to, że do sądów krajowych należy zarówno ostateczna ocena obiektywnego uzasadnienia przedstawianego przez państwo członkowskie w postępowaniu krajowym, jak i zapewnienie równego traktowania w praktyce osób, których prawa zostały ograniczone wskutek stosowania regulacji prawnej o pośrednio dyskryminującym charakterze.

Podobne stanowisko zajął Trybunał w wyroku z 27 czerwca 1990 roku w sprawie Maria Kowalska v. Freie und Hansestadt Hamburg[175], w którym oceniał jednak postanowienia zawarte w układzie zbiorowym. Były one niekorzystne dla pracowników zatrudnionych na pół etatu, bowiem pozbawiały ich prawa do odprawy w pewnych przypadkach rozwiązania stosunku pracy, np. w związku z przejściem na emeryturę. Powódka nie otrzymała takiej odprawy, a ponieważ ko-

[173] Tak też E. Ellis, *Gender Discrimination Law in the European Community*…, s. 27.

[174] Pkt 21 wyroku w sprawie C-102/88.

[175] C-33/89, ECR 1990, s. I–2591.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

biety zatrudnione na pół etatu stanowiły znacznie wyższą liczbę niż mężczyźni, podnosiła, że miała miejsce dyskryminacja pośrednia ze względu na płeć. Trybunał nie miał wątpliwości co do tego, że oceniane postanowienia porozumienia zbiorowego prowadzą do wyróżnienia dwóch kategorii pracowników – świadczących pracę przez określoną minimalną liczbę godzin tygodniowo oraz tych, którzy wykonują te same zadania, ale w czasie poniżej tej wymaganej liczby godzin. Takie rozwiązanie prowadzi do dyskryminacji kobiet, jeśli znacznie niższy procent mężczyzn niż kobiet jest zatrudnionych w niepełnym wymiarze czasu pracy i należy je co do zasady uznać za sprzeczne z art. 119 TEWG (obecnie art. 157 TFUE). Sytuacja byłaby inna jedynie wówczas, jeśli taką różnicę w traktowaniu dwóch kategorii pracowników można by wyjaśnić obiektywnie uzasadnionymi czynnikami niezwiązanymi z jakąkolwiek dyskryminacją ze względu na płeć. W tym zakresie pozwany wskazywał, iż pracownicy zatrudnieni w niepełnym wymiarze nie zaspokajają ani własnych, ani też potrzeb rodziny wyłącznie na podstawie dochodu uzyskiwanego z zatrudnienia i stąd też pracodawcy nie mają obowiązku zapewnienia im wsparcia. Taka argumentacja niewątpliwe miała zbyt ogólny charakter, jednakże Trybunał nie zdecydował się sam dokonać jej oceny, jak to uczynił choćby w poprzednio omówionej sprawie, czy też w sprawie *Rinner-Kühn*, a jedynie przypomniał, iż jest to obowiązek sądu krajowego. To do niego należy zatem ocena, czy postanowienie układu zbiorowego, które faktycznie w większym stopniu wpływa na kobiety, może być uzasadnione względami obiektywnymi niezwiązanymi z jakąkolwiek dyskryminacją ze względu na płeć[176]. Trybunał wskazał przy tym, jakie skutki ma ustalenie przez sąd krajowy, że mamy do czynienia z pośrednio dyskryminującą regulacją postanowienia układu zbiorowego. W tym względzie uznał za aktualne wnioski wynikające z wyroku w sprawie *Ruzius-Wilbrink*, a zatem stwierdził, iż:

[176] Trybunał nie dał wskazówek, jakimi kryteriami ma kierować się sąd krajowy. Wydaje się jednak, że skoro sprawa dotyczyła postanowień układu zbiorowego, to należałoby stosować test przewidziany w wyroku w sprawie *Bilka*, bowiem do niego odwołał się Trybunał w sprawie *Danfoss*, która również odnosiła się do porozumienia zbiorowego.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

grupa osób, która znalazła się w niekorzystnej sytuacji z powodu takiej dyskryminacji musi być traktowana w taki sam sposób i zgodnie z tym samym systemem płac, proporcjonalnie do liczby przepracowanych godzin[177].

W doktrynie podkreśla się, że dzięki temu ustaleniu Trybunał rozszerzył zakres zastosowania koncepcji dyskryminacji pośredniej, bowiem nie tylko potwierdził jej aktualność w stosunku do układów zbiorowych, ale również zapewnił możliwość wyeliminowania negatywnych skutków zawartych w nich postanowień, jeśli mają one pośrednio dyskryminujący charakter[178].

Wyrok z 7 lutego 1991 roku w sprawie Helga Nimz v. Freie und Hansestadt Hamburg[179] również dotyczył układu zbiorowego, którego postanowienia przewidywały, że po upływie sześciu lat pracy pracownicy zatrudnieni przynajmniej na trzy czwarte etatu są automatycznie zaklasyfikowani do wyższej kategorii zaszeregowania pod względem otrzymywanego wynagrodzenia. Natomiast, jeśli pracowali w mniejszym wymiarze czasu pracy, taki awans następował dopiero po upływie dwunastu lat. Zdaniem powódki taka regulacja prowadziła do dyskryminacji pośredniej kobiet, bowiem stanowiły one zdecydowaną większość osób zatrudnionych na pół etatu. Trybunał zgodził się z tym stanowiskiem, wskazując, że w takim przypadku mamy do czynienia z naruszeniem art. 119 TEWG (obecnie art. 157 TFUE), chyba że można wykazać, że ta różnica w traktowaniu między obydwiema kategoriami pracowników opiera się na obiektywnie uzasadnionych czynnikach niezwiązanych z jakąkolwiek dyskryminacją ze względu na płeć. W tym zakresie w toku postępowania podnoszono, iż osoby zatrudnione na cały lub na trzy czwarte etatu nabywają szybciej niż inni umiejętności niezbędne do wykonywania konkretnej pracy, jak również posiadają większe doświadczenie. Trybunał zauważył jednak, że takie argumenty mają charakter uogólnień i nie umożliwiają one

[177] Pkt 20 wyroku w sprawie C-33/89.
[178] Por. E. Ellis, *Gender Discrimination Law in the European Community…*, s. 28.
[179] C-184/89, ECR 1991, s. I–297.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

określenia kryteriów, które są obiektywne i niezwiązane z jakąkolwiek dyskryminacją ze względu na płeć. Zajął zatem stanowisko zbliżone do tego, jakie zaprezentował w wyroku w sprawie *Rinner-Kühn*, do którego się zresztą odwołał. Następnie zaś wskazał:

> chociaż doświadczenie idzie w parze ze stażem pracy, a doświadczenie co do zasady umożliwia pracownikowi poprawę sposobu wykonywania powierzonych mu zadań, to jednak obiektywność takiego kryterium zależy od wszystkich okoliczności konkretnego przypadku, a zwłaszcza od relacji między charakterem wykonywanej pracy oraz doświadczeniem zdobytym dzięki świadczeniu tej pracy w ramach określonej liczby godzin[180].

Ostateczna ocena uzasadnienia miała należeć do sądu krajowego, jednakże uzyskał on wyraźną wskazówkę co do tego, że ani staż pracy, ani też doświadczenie nie mogą być automatycznie uznawane za kryteria uzasadniające zróżnicowane traktowanie. Należy bowiem rozpatrywać je z uwzględnieniem indywidualnego charakteru danej sprawy, a zwłaszcza sprawdzić, czy staż pracy i doświadczenie rzeczywiście mają wpływ na jakość wykonywanej pracy. Jak widać, Trybunał zrewidował swoje stanowisko wyrażone w wyroku w sprawie *Danfoss*, w którym wskazał, że pracodawca może uzależniać wysokość dodatków od stażu pracy bez potrzeby wykazywania jego znaczenia dla wykonywania specyficznych zadań powierzonych pracownikowi. Ponadto doprecyzował, jakie skutki ma ustalenie, że mamy do czynienia z pośrednio dyskryminującą regulacją postanowienia układu zbiorowego. W takim przypadku sąd krajowy nie powinien jej stosować, nie czekając na jej uchylenie w ramach szczególnej procedury i zapewnić osobom poszkodowanym przez dyskryminację takie samo traktowanie, jak pozostałym kategoriom pracowników[181].

O ile w przypadku działań pracodawców, nawet jeśli wynikają one z ustaleń układów zbiorowych, Trybunał starał się zobiektywizo-

[180] Ibidem, pkt 14.
[181] Ibidem, pkt 21.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

wać kryteria, które mogą stanowić uzasadnienie, o tyle w odniesieniu do państw członkowskich zachowywał bardziej liberalne stanowisko, zwłaszcza jeśli chodzi o sprawy związane z ubezpieczeniem społecznym. W tego typu przypadkach często trzeba zapewnić równowagę między równością kobiet i mężczyzn a walką z ubóstwem, a przy ograniczonych zasobach budżetowych państwa ten drugi cel przeważa. Przykładem może być wyrok z 7 maja 1991 roku w sprawie Komisja WE v. Królestwo Belgii[182], który dotyczył przepisów belgijskich o zasiłkach dla osób bezrobotnych i na wypadek inwalidztwa. Zdaniem Komisji przy ustalaniu wysokości tych zasiłków w sposób preferencyjny były traktowane osoby, które jako głowa domu miały na utrzymaniu małżonka, konkubenta, rodziców lub dzieci. W grupie tej dominowali mężczyźni, stąd też w postępowaniu podnosiła zarzut dyskryminacji ze względu na płeć, sprzecznej z art. 4 ust. 1 dyrektywy 79/7 w sprawie stopniowego wprowadzania w życie zasady równego traktowania kobiet i mężczyzn w dziedzinie zabezpieczenia społecznego[183]. Trybunał zgodził się z tym stanowiskiem, wskazując jednak na możliwość uzasadnienia tych regulacji belgijskich względami obiektywnymi niewiązanymi z dyskryminacją ze względu na płeć, zwłaszcza zaś koniecznym celem polityki społecznej, przy zachowaniu wymogu proporcjonalności, tj. wykazaniu, że zastosowane środki są odpowiednie i konieczne dla osiągnięcia tego celu (test wynikający z wyroku w sprawie *Rinner-Kühn*). W tym zakresie rząd belgijski wskazał, że oceniane regulacje zmierzają do zapewnienia każdej osobie minimalnego dochodu, w ramach ograniczonych zasobów budżetowych państwa. Starają się przy tym uwzględnić różne potrzeby – głównie fakt, że w gospodarstwie domowym, które opiera się na dochodzie jednej osoby, bezrobocie pociąga za sobą bardziej dotkliwe skutki, natomiast w przypadku, gdy małżonek osoby bezrobotnej osiąga dochody, to może udzielić jej pomocy finansowej. Trybunał wskazał najpierw ogólnie, że:

[182] C-229/89, ECR 1991, s. I–2205.
[183] Dz. Urz. L 6 z 10.01.1979, s. 24–25.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

> te zasady i cele stanowią część polityki społecznej, która w aktualnym stanie prawa wspólnotowego jest zagadnieniem należącym do państw członkowskich, które korzystają w tym zakresie z rozsądnego zakresu władzy dyskrecjonalnej [...][184].

Następnie zaś uznał, że regulacje belgijskie zmierzają do zapewnienia socjalnego minimum dla rodzin, co stanowi element polityki społecznej tego państwa. Z tego zaś wynika, że belgijski system dotyczący bezrobocia i inwalidztwa odpowiada prawnie uzasadnionemu celowi polityki społecznej, a przy tym wiąże się z różnicami w wysokości zasiłków, które są odpowiednie i konieczne dla osiągnięcia tego celu. Należy go zatem uznać za uzasadniony czynnikami niewiązanymi z jakąkolwiek dyskryminacją ze względu na płeć i jako taki zgodny z art. 4 ust. 1 dyrektywy 79/7. Z jednej zatem strony, Trybunał wskazał na szeroki zakres kompetencji, jakie przysługują państwom członkowskim w dziedzinie polityki społecznej. Z drugiej natomiast, przeprowadził nie tylko ocenę podnoszonego celu, uznając go za prawnie uzasadniony, ale także zgodności regulacji belgijskich z zasadą proporcjonalności. Trybunał zbadał bowiem rozwiązania dotyczące obliczania wysokości zasiłków i wskazał, że osoby mające na utrzymaniu małżonka lub dzieci otrzymują wyższe sumy, które nie przekraczają jednak wysokości obciążeń ponoszonych w związku z obecnością tych osób w jednym gospodarstwie domowym. Należy zatem stwierdzić, że w sumie zajął stanowisko zbliżone do tego, jakie zaprezentował w wyrokach w sprawach *Teuling* i *Rinner-Kühn*[185].

Natomiast w kolejnym rozstrzygnięciu dotyczącym regulacji krajowych Trybunał doprecyzował, w jaki sposób należy ustalać ich niekorzystny wpływ na znacznie większą liczbę kobiet niż mężczyzn. Wyrok z 30 listopada 1993 roku w sprawie Petra Kirsammer-Hack v. Nurhan Sidal[186] dotyczył bowiem niemieckich przepisów, które nie

---

[184] Pkt 22 wyroku w sprawie C-229/89.

[185] W podobnym duchu wypowiedział się w wyroku z 19 listopada 1992 roku w sprawie Jan Molenbroek v. Bestuur van de Sociale Verzekeringsbank, C-226/91, ECR 1992, s. I-5943.

[186] C-189/91, ECR 1993, s. I–6185.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

uwzględniały pracowników zatrudnionych w niepełnym wymiarze (świadczących pracę dziesięć godzin tygodniowo lub 45 godzin miesięcznie) przy określaniu, czy dane przedsiębiorstwo musi zastosować system ochrony przed niesłusznym zwolnieniem. Sąd krajowy wskazywał, że w rezultacie stosowania tych regulacji pracownicy zatrudnieni w niepełnym wymiarze nie mogą korzystać z krajowego systemu ochrony przed niesłusznym zwolnieniem, a skoro około dziewięćdziesiąt procent tych pracowników w RFN stanowią kobiety, to mamy do czynienia z dyskryminacją pośrednią ze względu na płeć. Trybunał nie podzielił jednak tego stanowiska, bowiem wskazał, iż:

> zwykły fakt, iż pracownicy zatrudnieni w niepełnym wymiarze nie są brani pod uwagę przy ustalaniu, czy system ochrony musi być stosowany przez przedsiębiorstwo, nie jest sam w sobie niekorzystny dla tej kategorii pracowników […] wyłączenie z krajowego systemu ochrony przed niesłusznym zwolnieniem nie ma na nich szczególnego wpływu, ale na wszystkich pracowników przedsiębiorstw, które nie stosują tego systemu niezależnie od tego, czy świadczą pracę na cały, czy też na pół etatu[187].

W związku z tym Trybunał uznał, że samo wykazanie, iż około dziewięćdziesiąt procent kobiet jest zatrudnionych w niepełnym wymiarze godzinowym w skali całego kraju nie jest wystarczające do stwierdzenia dyskryminacji pośredniej ze względu na płeć, ale należałoby wykazać, iż małe przedsiębiorstwa zatrudniają znacznie wyższy procent kobiet niż mężczyzn. Dodał przy tym, że nawet gdyby tak było, regulacja niemiecka mogłaby zostać uzasadniona przez czynniki obiektywne niezwiązane z płcią pracowników, bowiem jej celem jest łagodzenie ograniczeń nakładanych na małe przedsiębiorstwa. Widać zatem wyraźnie, że w tym rozstrzygnięciu Trybunał skoncentrował się na ocenie pierwszego z elementów dyskryminacji pośredniej, natomiast obiektywnemu uzasadnieniu nie poświęcił zbyt wiele uwagi, w szczególności nie badał proporcjonalności zastosowanych rozwią-

[187] Ibidem, pkt 24 i 27.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

zań. Sprawa ta potwierdza znaczenie statystyk dla ustalania niekorzystnego wpływu regulacji krajowej na znacznie większą liczbę kobiet niż mężczyzn. W takim wypadku mogą jednak wystąpić poważne trudności dowodowe, bowiem należy wykazać wpływ regulacji na pracowników zatrudnionych w skali całego kraju. Tymczasem mogą być one niedostępne, tak jak to miało miejsce w omawianej sprawie – dane statystyczne dotyczące zatrudnienia w niepełnym wymiarze nie obejmowały bowiem informacji o proporcji mężczyzn i kobiet zatrudnionych w małych przedsiębiorstwach. W rezultacie tak określonych przez Trybunał wymogów dotyczących dowodów, powódka nie była w stanie wykazać, że oceniana regulacja prowadziła do pośredniej dyskryminacji kobiet[188]. Należy zatem stwierdzić, że ścisłe trzymanie się statystyk jako jedynego dowodu wykazania negatywnego wpływu regulacji na znacznie większą liczbę kobiet, może prowadzić do niekorzystnych dla nich rezultatów.

Kwestie związane z rozkładem ciężaru dowodu były z kolei przedmiotem ważnego rozstrzygnięcia Trybunału z 27 października 1993 roku w sprawie Enderby v. Frenchay Health Authority and Secretary of State for Health[189]. Powódka zatrudniona w publicznej służbie zdrowia jako logopeda uznała, że jest ofiarą dyskryminacji ze względu na płeć, bowiem pracownicy o jej pozycji i z jej grupy zawodowej, w znakomitej większości kobiety, zarabiają znacznie mniej niż osoby o porównywalnej pozycji i z porównywalnej grupy zawodowej (główny psycholog kliniczny oraz główny farmaceuta), w której przeważają mężczyźni. Pytania sądu krajowego dotyczyły kilku ważnych kwestii, m.in. tego, czy zasada równego wynagrodzenia przewidziana w art. 119 TEWG (obecnie art. 157 TUFE) wymaga od pracodawcy obiektywnego uzasadnienia różnicy w wynagrodzeniu między dwiema grupami zawodowymi. Trybunał wskazał, iż obowiązek przedstawienia dowodów na potwierdzenie faktów, które są podstawą roszczenia, należy zwykle do osoby składającej skargę. Dlatego też ciężar dowodu

[188] Por. A. Wengdahl, *Indirect Discrimination and the European Court of Justice*, „CFE Working Paper Series" 2001, dostępne na: http://www.cfe.lu.se/upload/LUPDF/CentrumforEuropaforskning/cfewp15.pdf (data dostępu: 9.12.2011), s. 14.

[189] C-127/92, ECR 1993, s. I–5535.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

występowania dyskryminacji płacowej ze względu na płeć leży w zasadzie po stronie pracownika, który wszczyna postępowanie sądowe przeciwko swojemu pracodawcy w celu położenia kresu dyskryminacji. Jednakże z orzecznictwa Trybunału jasno wynika, że ciężar dowodu może zostać przerzucony, jeśli w przeciwnym wypadku pracownicy, którzy wydają się ofiarami dyskryminacji, zostaliby pozbawieni skutecznych środków egzekwowania zasady równego wynagrodzenia. W tym względzie Trybunał odwołał się do wyroków w sprawach *Bilka*, *Kowalska*, *Nimz*, z których wynika, że w przypadku gdy zróżnicowanie pracowników ze względu na godziny pracy ma w praktyce niekorzystny wpływ na znacznie większą liczbę osób danej płci, to do pracodawcy należy wykazanie, że jest to oparte na obiektywnie uzasadnionych czynnikach, niezwiązanych z jakąkolwiek dyskryminacją ze względu na płeć. Podobnie, jeśli pracodawca stosuje nieprzejrzystą politykę płacową, to do niego należy udowodnienie, że nie ma ona dyskryminacyjnego charakteru, jeśli tylko powód wykaże, uwzględniając stosunkowo dużą liczbę pracowników, iż średnia płaca kobiet jest niższa niż mężczyzn (wyrok w sprawie *Danfoss*).

Następnie Trybunał stwierdził, że okoliczności omawianej sprawy są specyficzne, bowiem nie mamy tu do czynienia ani z dyskryminacją pośrednią *de facto* wynikającą ze szczególnego rodzaju ustaleń, jakie mogą znaleźć zastosowanie, np. w odniesieniu do osób pracujących w niepełnym wymiarze, ani też z całkowicie niejasnym systemem wynagrodzeń, skoro jego wysokość jest ustalana w procesie zbiorowych negocjacji. Trybunał nie określił jednak bliżej, z jakiego typu przypadkiem mamy do czynienia[190], a wskazał jedynie:

> jeśli jednak wynagrodzenie logopedy jest znacznie niższe od wynagrodzenia farmaceuty, a logopedzi to prawie wyłącznie kobiety, podczas

[190] Por. N. Cunningham, *Indirect Discrimination: Between the Wheat and the Chaff*, „Industrial Law Journal" 2009, t. 38, nr 2, s. 213. Stąd też w doktrynie prezentowane jest stanowisko, że nie mamy tu do czynienia z klasycznym przypadkiem dyskryminacji pośredniej, ale z trzecią jej formą tj. quasi–bezpośrednią dyskryminacją – tak S. Forshaw, M. Pilggerstorfer, *Direct and Indirect Discrimination: Is There Something in Between?*, „Industrial Law Journal" 2008, t. 37, nr 4, s. 364. Pogląd ten należy jednak uznać za zbyt daleko idący.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

> gdy w grupie farmaceutów przeważają mężczyźni, mamy do czynienia z przypadkiem dyskryminacji *prima facie* ze względu na płeć – w każdym razie, jeśli oba te zawody są równej wartości, a dane statystyczne opisujące rozważane sytuacje są przekonywujące. Do sądu krajowego należy ustalenie, czy może on opierać się na tych danych statycznych, tj. czy dotyczą one wystarczającej liczby osób, czy ilustrują jedynie przypadkowe lub krótkotrwałe sytuacje, oraz czy ogólnie rzecz biorąc wydają się być znaczące[191].

W rezultacie Trybunał uznał, iż w przypadkach, w których istotne dane statystyczne pokazują znaczącą różnicę w wynagrodzeniach za dwa rodzaje pracy o równej wartości, z których jedna jest wykonywana prawie wyłącznie przez kobiety, a druga głównie przez mężczyzn, art. 119 TEWG (obecnie art. 157 TFUE) wymaga od pracodawcy wykazania, że zaistniała różnica w traktowaniu wynika z obiektywnie uzasadnionych przyczyn, niezwiązanych z jakąkolwiek dyskryminacją ze względu na płeć. Oznacza to, że Trybunał dopuścił możliwość powoływania się na dyskryminację pośrednią, nawet gdy nie wynika ona ze szczególnej praktyki pracodawcy – istotne znacznie ma zatem dyskryminacyjny skutek, a nie okoliczność, jakiego typu zachowaniem jest on wywołany[192]. Tym samym odrzucił stereotypowe podejście do tej koncepcji przyjmowane przez sądy brytyjskie[193]. Jednocześnie jednak podkreślił, że pracownik musi wskazać na dane statystyczne o ogólnym znaczeniu, które obejmują wystarczającą liczbę osób, co potwierdza rolę statystyk w sprawach dotyczących dyskryminacji pośredniej ze względu na płeć.

Z kolei pracodawca może się bronić przed takim zarzutem, wskazując na obiektywne przyczyny różnicy w wynagrodzeniu. W dalszej części wyroku Trybunał skoncentrował się właśnie na tym zagadnie-

---

[191] Pkt 16–17 wyroku w sprawie C-127/92.

[192] W doktrynie podkreśla się, że w ten sposób Trybunał wyłączył tzw. wymóg szczególnej praktyki (ang. *specific practice requirement)* jako źródła dyskryminacji pośredniej. Por. szerzej K. Linos, *Path Dependence in Discrimination Law*…, s. 140

[193] Por. H. Fenwick, *Indirect Discrimination in Equal Pay Claims: Backward Steps in the European Court of Justice?*, „European Public Law" 1995, t. 1, nr 3, s. 334.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

niu, wskazując, że określenie wysokości płacy w wyniku zbiorowych negocjacji nie wyklucza istnienia dyskryminacji *prima facie*. Innymi słowy, różnice w wynagrodzeniu nie mogą być obiektywnie uzasadnione przez okoliczność, że było ono ustalane w procesie zbiorowych negocjacji. Natomiast takie uzasadnienie może stanowić sytuacja na rynku pracy, która powoduje, że pracodawca zwiększa wynagrodzenie za konkretną pracę w celu pozyskania do niej kandydatów. Jednakże to, w jaki sposób korzysta się z tej możliwości, należy do okoliczności faktycznych sprawy i dlatego ocenę w tym zakresie powinien przeprowadzić sąd krajowy. Musi on zadecydować, czy rola rynku w ustaleniu wysokości wynagrodzeń była wystarczająco duża, by można ją uznać za obiektywne uzasadnienie, oraz czy pracodawca nie przekroczył wymaganych granic, a zatem nie zróżnicował wynagrodzeń w stopniu wyższym niż to dyktowały czynniki rynkowe. Tak naprawdę należało więc sprawdzić, czy zachowana została zasada proporcjonalności[194].

Ogólnie trzeba zauważyć, że Trybunał przypisuje mniejszą wagę do negocjacji zbiorowych, choć w pewnym stopniu również w ich ramach mogą być brane pod uwagę czynniki rynkowe, które przesądzają o sile lub słabości ich uczestników. Natomiast pozwala wprost na uzasadnienie nierówności wynagrodzeń sytuacją na rynku pracy. Takie stanowisko jest przedmiotem krytyki w doktrynie[195]. Wskazuje się bowiem, że o ile w pierwszej części rozstrzygnięcia Trybunał podjął próbę zapewnienia równości materialnej kobiet i mężczyzn, o tyle przyjmując, że sytuacja na rynku pracy może stanowić obiek-

---

[194] Jednakże w końcowej części rozstrzygnięcia Trybunał wskazał, iż „to sąd krajowy ma określić, **jeśli to konieczne przez zastosowanie zasady proporcjonalności** [podkreślenie J. M.-N.], czy i w jakim stopniu brak kandydatów na dane stanowisko pracy oraz potrzeba ich zachęty poprzez wyższe wynagrodzenie stanowi obiektywnie uzasadniony czynnik ekonomiczny" (pkt 29 omawianego wyroku w sprawie C-127/92). Pojawia się pytanie, dlaczego użyte zostało stwierdzenie, sugerujące, że sąd krajowy może, ale nie musi dokonywać kontroli zgodności dyskryminacyjnego środka z zasadą proporcjonalności, skoro była ona centralną częścią testu ustanowionego w wyroku w sprawie *Bilka*. Por. szerzej S. O'Leary, *Employment Law at the European Court of Justice. Judicial Structures, Policies and Processes*, Oxford 2002, s. 157.

[195] Por. szerzej. J. Kentridge, *Direct and Indirect Discrimination after Enderby*, „Public Law" 1994, t. 39, nr 4, s. 205 oraz H. Fenwick, op. cit., s. 334–335.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

tywne uzasadnienie i nie próbując bliżej zbadać jej przyczyn, powrócił do idei równości formalnej[196]. Podkreśla się również, że wyłączenie z koncepcji obiektywnego uzasadnienia sytuacji rynkowej mogłoby znacznie poszerzyć zakres zastosowania zakazu dyskryminacji w praktyce, z korzyścią dla kobiet[197], a nawet że Trybunał stracił okazję do wzmocnienia roli art. 119 TEWG (obecnie art. 157 TFUE) w walce z segregacją zawodową[198].

W kolejnym wyroku z 24 lutego 1994 roku w sprawie M. A. De Weerd, née Roks i inni v. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Gezondheid i inni[199] Trybunał skoncentrował się na ocenie obiektywnego uzasadnienia regulacji krajowej, która uzależniała przyznanie korzyści w przypadku niezdolności do pracy od tego, czy dana osoba otrzymywała jakikolwiek dochód w roku poprzedzającym powstanie tej niezgodności, co w większym stopniu dotknęło kobiety niż mężczyzn. Trybunał przypomniał najpierw, że z ustalonego już orzecznictwa wynika, iż art. 4 ust. 1 dyrektywy 79/7 wyłącza możliwość zastosowania środka krajowego, który choć sformułowany w sposób neutralny faktycznie ma jednak niekorzystny wpływ na dużo większą liczbę kobiet niż mężczyzn, chyba że środek ten jest obiektywnie uzasadniony czynnikami niezwiązanymi z jakąkolwiek dyskryminacją ze względu na płeć. Trybunał wskazał, iż taka sytuacja ma miejsce zwłaszcza wówczas, gdy:

> wybrane środki odzwierciedlają prawnie uzasadniony cel polityki społecznej państwa członkowskiego, którego regulacji dotyczy postępowa-

---

[196] Tak słusznie H. Fenwick, op. cit., s. 335. Podobne formalne podejście przyjął Trybunał w dwóch kolejnych szerzej omówionych przez autorkę wyrokach z 13 grudnia 1994 roku w sprawie Rita Grau-Hupka v. Stadtgemeinde Bremen, C-297/93, ECR 1994, s. I–5535 oraz z 15 grudnia 1994 roku w sprawie Stadt Lengerich v. Angelika Helmig i inni, sprawy połączone C-399/92, C-409/92, C-425/92, C-34/93, C-50/93 i C-78/93, ECR 1994, s. I–5727 (został on omówiony w rozdziale pierwszym pkt 2.2. pracy).

[197] Tak T. K. Hervey, *The Future for Sex Equality Law in the European Union*, [w:] *Sex Equality Law in the European Union*, T.K. Hervey, D O'Keeffe (red.), Londyn 1996, s. 406.

[198] Por. szerzej A. Arnull, *The European Union and Its Court…*, s. 577.

[199] C-343/92, ECR 1994, s. I–571.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

nie, są odpowiednie do osiągnięcia tego celu i konieczne do jego realizacji. Mimo, że względy budżetowe mogą mieć wpływ na wybór państwa członkowskiego odnośnie do jego polityki społecznej oraz decydować o charakterze lub zakresie środków ochrony społecznej, które zamierza ono przyjąć, to jednak nie mogą one same w sobie stanowić takiego uzasadnionego celu tej polityki i dlatego też nie mogą stanowić uzasadnienia dyskryminacji jednej z płci[200].

W dalszej części wyroku Trybunał słusznie podkreślił, że przyjęcie czynników budżetowych jako podstawy obiektywnego uzasadnienia doprowadziłoby do sytuacji, w której zakres zastosowania fundamentalnej w prawie wspólnotowym zasady równego traktowania mężczyzn i kobiet różniłby się w czasie i miejscu stosownie do stanu finansów publicznych państw członkowskich. W rezultacie regulacja krajowa, która uzależnia przyznanie korzyści w przypadku niezdolności do pracy od tego, czy dana osoba otrzymywała jakikolwiek dochód w roku poprzedzającym powstanie tej niezgodności, co w większym stopniu dotknęło kobiety niż mężczyzn, została uznana za sprzeczną z art. 4 ust. 1 dyrektywy 79/7, choćby jej przyjęcie było uzasadnione względami budżetowymi. Z tego rozstrzygnięcia wynika, że nawet jeśli państwa dysponują ograniczonymi zasobami finansów publicznych, muszą tak ukształtować określone środki polityki społecznej, aby nie dochodziło do naruszenia podstawowej zasady równości kobiet i mężczyzn, co obejmuje także pośrednio dyskryminujące regulacje prawne. Trybunał starał się zatem postawić pewne ramy dla możliwości obiektywnego uzasadnienia przez państwa członkowskie podejmowanych przez nie środków[201].

---

[200] Ibidem, pkt 34–35.

[201] Podobnie było w wyroku z 6 lutego 1996 roku w sprawie Kuratorium für Dialyse und Nierentransplantation e.V. v. Johanna Lewark, C-457/93, ECR 1996, s. I–243, w którym Trybunał uznał, że niezależność członków rad pracowniczych działających w Niemczech stanowi część niemieckiej polityki społecznej, skoro rady te mają za zadanie promowanie harmonijnych stosunkach w ramach przedsiębiorstw. Następnie jednak zauważył, że oceniane regulacje niemieckie mogą powstrzymywać pracowników półetatowych od podejmowania działalności w ramach tych rad i nakazał sądowi krajowemu przeprowadzenie dokładnej oceny, czy są one niezbędne i konieczne

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

Nieco inne stanowisko zajął natomiast w wyrokach z 14 grudnia 1995 roku w sprawach Inge Nolte v. Landesversicherungsanstalt Hannover[202] oraz Megner i Scheffel v. Innungskrankenkasse Vorderpfalz[203], które dotyczyły niemieckich regulacji odnoszących się do zabezpieczenia społecznego. Zgodnie z nimi osoby zatrudnione w niższym wymiarze czasu pracy niż piętnaście godzin i otrzymujące wynagrodzenie w wysokości nie przekraczającej jednej siódmej średniego miesięcznego wynagrodzenia były wyłączone z obowiązkowego ubezpieczenia w ramach ustawowego systemu ubezpieczeń rentowych i emerytalnych, a tym samym nie płaciły składek. W związku z tym, że te postanowienia miały znacznie większy wpływ na kobiety, pojawiło się pytanie, czy nie są ono pośrednio dyskryminujące. W obu wyrokach rząd niemiecki wskazywał m.in. na to, że wyłączenie z obowiązkowego sytemu ubezpieczeń osób zatrudnionych w niewielkim wymiarze czasu pracy jest zgodne z podstawową zasadą niemieckiego systemu ubezpieczeń społecznych. W odpowiedzi na te argumenty Trybunał uznał, że:

> polityka społeczna należy do kompetencji państw członkowskich [...] w wykonywaniu tej kompetencji państwa członkowskie korzystają z szerokiego zakresu władzy dyskrecjonalnej. Należy przy tym zauważyć, że cel polityki społecznej i zatrudnienia, na którym oparł się rząd niemiecki, obiektywnie rzecz biorąc jest niezwiązany z dyskryminacją ze względu na płeć, a wykonując swoje kompetencje ustawodawca krajowy był rozsądnie uprawniony do uznania, że rozważane regulacje były konieczne do osiągnięcia celu. W tych okolicznościach oceniana regulacja nie może być uznana za dyskryminację pośrednią w znaczeniu art. 4 (1) dyrektywy 79/7[204].

---

do osiągnięcia celu, w tym uwzględnić możliwość jego realizacji przy pomocy innych środków. Z tych uwag wynikało zatem, że sam Trybunał miał wątpliwość co do możliwości obiektywnego uzasadnienia ocenianych regulacji niemieckich m.in. z uwagi na niespełnienie wymogów wynikających z zasady proporcjonalności.

[202] C-317/93, ECR 1995, s. I–4625, pkt 33 i 34.

[203] C-444/93, ECR 1995, s. I–4741.

[204] Pkt 33–35 wyroku w sprawie C-317/93 oraz pkt 29–31 wyroku w sprawie

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

Widać zatem wyraźnie, że Trybunał ograniczył się do oceny regulacji jedynie z punktu widzenia wymogu konieczności. Ponadto z tego stwierdzenia można wyciągnąć wniosek, że aby uzasadnić pośrednią dyskryminację państwo członkowskie musi jedynie wykazać, iż rozsądnie uznaje ono dany środek za konieczny do osiągnięcia celu polityki społecznej, a nie że jest on taki w rzeczywistości[205]. Ten test obiektywnego uzasadnienia wydaje się łagodniejszy, a tym samym bardziej korzystny dla państw członkowskich od tego, jaki sformułował Trybunał w wyżej omówionych wyrokach w sprawach *Rinner-Kühn* czy *De Weerd*. Jak się wydaje, takie złagodzone stanowisko Trybunału było reakcją na krytykę jego wkraczania w sprawy należące do krajowej polityki społecznej[206]. Jednakże wymogi wynikające z zasady proporcjonalności nie powinny być ograniczane, bowiem zapewnia ona racjonalny środek kontrolowania granicy między uprawnieniem pracodawcy, czy też państwa członkowskiego do działania a prawem jednostki do równego traktowania[207]. Jeśli przyznamy państwu zbyt szeroki zakres władzy dyskrecjonalnej, trudno będzie całkowicie wyeliminować dyskryminację pośrednią ze względu na płeć, która jest rezultatem obowiązywania regulacji krajowych.

Inaczej do kwestii obiektywnego uzasadnienia podszedł Trybunał w wyroku z 17 czerwca 1998 roku w sprawie Kathleen Hill i Ann Stapleton v. The Revenue Commissioners i Department of Finance[208], która dotyczyła systemu podziału pracy w irlandzkiej służbie cywilnej i przepisów regulujących sposób traktowania pracowników zatrudnionych w tym systemie po ich przejściu na cały etat. Powódki ustaliły,

C-444/93. Do podobnych wniosków doszedł Trybunał w rozstrzygnięciu z 1 lutego 1996 roku w sprawie Posthuma-van Damme v. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Detailhandel i N. Oztürk v. Bestuur van de Nieuwe Algemene Bedrijfsvereniging, C-280/94, ECR 1996, s. I–179 oraz z 8 lutego 1996 roku w sprawie C. B. Laperre v. Bestuurscommissie beroepszaken in de provincie Zuid-Holland, C-8/94, ECR 1996, s. I–273.

[205] Tak E. Ellis, *The Concept of Proportionality in European Community Sex Discrimination Law…*, s. 179.

[206] Por. A. O'Neill, *Decisions of the European Court of Justice and Their Constitutional Implications*, London–Dublin–Edinburgh 1994, s. 69.

[207] E. Ellis, *The Concept of Proportionality…*, s. 179.

[208] C-243/95, ECR 1998, s. I–3739.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

że po takiej zmianie sposobu zatrudnienia zostały one zaszeregowane w skali wynagrodzenia niżej, niż to miało wcześniej miejsce. Okazało się bowiem, że czas ich zatrudnienia został policzony w stosunku do rzeczywistej liczby godzin spędzonych w pracy (np. w przypadku pani Hill uznano, że dwa lata zatrudnienia w systemie podziału pracy są równoważne rocznemu zatrudnieniu w pełnym wymiarze godzinowym). Trybunał odniósł się do danych statystycznych i zauważył, że oceniane regulacje irlandzkie mają szczególnie niekorzystny wpływ na kobiety, bowiem stanowią one ponad 98% wszystkich urzędników zatrudnionych na podstawie umów wiążących się z podziałem pracy. W rezultacie należy je uznać za pośrednio dyskryminujące, chyba że mogą one zostać obiektywnie uzasadnione. Ocena w tym względzie należy do sądu krajowego, przy czym Trybunał przypomniał, że regulacje, które są wprawdzie stosowane niezależnie od płci pracownika, ale w praktyce mają niekorzystny wpływ na większą liczbę kobiet niż mężczyzn, mogą zostać uzasadnione jedynie obiektywnymi przyczynami niezwiązanymi z jakąkolwiek dyskryminacją ze względu na płeć. Następnie odniósł się do najważniejszych argumentów wysuwanych przez stronę pozwaną i uznał, że nie mają one prawnego znaczenia, bowiem usprawiedliwienie wskazujące na istnienie w ramach służby cywilnej ustalonej praktyki, w ramach której nagradza się jedynie rzeczywiście wykonaną pracę, nie jest niczym innym, jak tylko ogólnym twierdzeniem nie opartym na kryteriach obiektywnych. Z kolei wskazanie, iż taki system nagradzania podtrzymuje motywację, zaangażowanie i morale wśród pracowników nie ma znaczenia w kontekście stanu faktycznego sprawy, skoro taki system funkcjonuje, a podział pracy nie ma na niego wpływu. Najistotniejsze było jednak stwierdzenie przez Trybunał, że w ramach uzasadnienia opartego na względach ekonomicznych:

> pracodawca nie może usprawiedliwiać dyskryminacji będącej rezultatem funkcjonowania systemu podziału pracy, jedynie na tej podstawie, że usunięcie tego typu dyskryminacji wiązałoby się ze zwiększonymi kosztami[209].

[209] Ibidem, pkt 40.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

Następnie zaś Trybunał wskazał, że większość osób zatrudnionych w ramach systemu podziału pracy w irlandzkim sektorze publicznym wybrało go ze względu na możliwość pogodzenia obowiązków zawodowych i rodzinnych. Natomiast:

> polityka wspólnotowa w tym obszarze zmierza do wsparcia, a jeśli to możliwe, do dostosowania warunków świadczenia pracy do obowiązków rodzinnych. Ochrona kobiet w odniesieniu do życia rodzinnego i w ramach ich działalności zawodowej jest w taki sam sposób, jak w stosunku do mężczyzn, zasadą powszechnie uwzględnianą w systemach prawnych państw członkowskich jako naturalne następstwo równości kobiet i mężczyzn, i jest również uznawana w prawie wspólnotowym[210].

W ten sposób Trybunał dał wyraźne wskazówki sądowi krajowemu, jak ma podejść do uzasadnienia przedstawianego przez stronę pozwaną. W doktrynie zwraca się uwagę na pozytywny wydźwięk całego omawianego rozstrzygnięcia, a zwłaszcza ostatniego ze wskazanych twierdzeń, bowiem oznaczało ono, że Trybunał powrócił do bardziej wnikliwej oceny obiektywnego uzasadnienia dyskryminacji pośredniej po okresie pewnego niezdecydowania w tym zakresie[211].

Niestety, w kolejnym wyroku z 9 lutego 1999 roku w sprawie Regina v. Secretary of State for Employment, ex parte Nicole Seymour-Smith i Laura Perez[212] Trybunał nie zastosował takiego podejścia do obiektywnego uzasadnienia, jak również przyjął specyficzne stanowisko w stosunku do pierwszego z elementów dyskryminacji pośredniej i sposobu jego wykazywania. Sprawa dotyczyła legalności regulacji brytyjskich, które zwiększyły okres zatrudnienia wymagany do ochro-

---

[210] Ibidem, pkt 42. Do podobnych wniosków doszedł w wyrokach z 2 października 1997 roku w sprawie Hellen Gerster v. Freistaat Bayern, C-1/95, ECR 1997, s. I–5253, pkt 38 oraz w sprawie Brigitte Kording v. Senator für Finanzen, C-100/95, ECR 1997, s. I–5289. Omawia je szerzej L. Flynn, *Equality Between Men and Women in the Court of Justice*, „Yearbook of European Law" 1997, t. 18, s. 274–275.

[211] Tak słusznie E. Ellis, *The Recent Jurisprudence of the Court of Justice in the Field of Sex Equality*, „Common Market Law Review" 2000, t. 37, nr 6, s. 1407.

[212] C-167/97, ECR 1999, s. I–623.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

ny przed niesprawiedliwym zwolnieniem z jednego roku do dwóch lat. W związku z tym, że pani Seymour-Smith była zatrudniona jedynie przez okres piętnastu miesięcy, nie mogła skorzystać z tej ochrony i została zwolniona z pracy. Pytania sądu krajowego, jakie zostały postawione w omawianej sprawie, dotyczyły kilku zagadnień, z których jednak dwa miały szczególne znaczenie dla koncepcji dyskryminacji pośredniej. Po pierwsze, stopnia niekorzystnego wpływu, jaki należy ustalić, abyśmy mieli do czynienia z dyskryminacją *prima facie*. Po drugie, testu obiektywnego uzasadnienia, jaki należy zastosować w odniesieniu do aktu prawnego przyjętego przez rząd[213].

W odniesieniu do pierwszego zagadnienia powodowie proponowali przyjęcie stanowiska, iż mamy do czynienia z naruszeniem art. 119 TWEG (obecnie art. 157 TFUE) zarówno, jeśli występuje ryzyko, że środek przyjęty przez państwo członkowskie będzie miał niekorzystny wpływ na wynagrodzenie mężczyzn i kobiet, jak i wówczas, gdy taki skutek może zostać wykazany przez wiarygodne i znaczące statystyki. Trybunał mógł zatem skorzystać z okazji i przewidzieć w ramach dyskryminacji pośredniej ze względu na płeć formułę zbliżoną do tej, jaką przyjął w wyroku w sprawie *O' Flynn*. Nie zdecydował się jednak na to, ale podkreślił potrzebę wykazania tego typu dyskryminacji przy pomocy dowodów statycznych, które potwierdzają, że:

> znacząco mniejszy procent kobiet niż mężczyzn jest w stanie spełnić warunek dwuletniego zatrudnienia wymaganego przez sporną regulację […] Taka sytuacja może mieć również miejsce, jeśli dowody statystyczne ukazują mniejszą, ale za to trwałą i relatywnie stałą różnicę między kobietami a mężczyznami w długim okresie czasu [...]. Jednakże to do sądu krajowego należy wyciągnięcie ostatecznych wniosków z takich statystyk[214].

Trybunał przyjął zatem, że oprócz testu „wpływu na znacząco większy procent kobiet niż mężczyzn" można przeprowadzić alternatywnie dowód ukazujący mniejszą, ale za to stałą różnicę, co pozwa-

[213] Ibidem, pkt 19.
[214] Ibidem, pkt 60–61.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

la sądom krajowym na pewną elastyczność w zakresie uwzględnianych statystyk[215]. Następnie jednak odniósł się do stanu faktycznego i stwierdził, że w momencie przyjęcia ocenianych regulacji w 1985 roku warunek dwuletniego zatrudnienia spełniało 77.4% mężczyzn i 68.9% kobiet, a takie dane statyczne nie potwierdzają na pierwszy rzut oka, że znacząco mniejszy procent kobiet niż mężczyzn odpowiadał temu wymogowi. Stanowisko Trybunału w stosunku do pierwszego z elementów dyskryminacji pośredniej i sposobu jego wykazywania nie jest zatem dostatecznie jasne[216]. Nie ma jednak wątpliwości co do tego, że sąd krajowy najpierw musi stwierdzić, czy dany środek ma rzeczywiście bardziej niekorzystny wpływ na osoby danej płci (z reguły kobiety). Następnie zaś trzeba zbadać, czy ten wpływ jest znaczący, ewentualnie trwały i stosunkowo stały[217].

W kontekście obiektywnego uzasadnienia Trybunał przypomniał, że jego oceną powinien zająć się sąd krajowy, niemniej jednak postanowił udzielić mu pewnych wskazówek w tym zakresie. Odwołując się do wcześniejszego orzecznictwa, stwierdził, iż państwo członkowskie ma wykazać, że przyjęty przez niego środek odzwierciedla konieczny cel jego polityki społecznej, a jednocześnie jest odpowiedni i konieczny do jego osiągnięcia. Następnie uznał, że stymulowanie rekrutacji pracowników może być uznane za taki cel. Należałoby jednak zbadać, czy w świetle istotnych okoliczności sprawy i mając na uwadze możliwość osiągnięcia tego celu przy pomocy innych środków, jest on niezwiązany z jakąkolwiek dyskryminacją ze względu na płeć, oraz czy oceniana regulacja jest w stanie przyspieszyć jego realizację. Co istotne, Trybunał wskazał w tym zakresie, że:

> chociaż zgodnie z obecnie obowiązującymi regulacjami prawa wspólnotowego polityka społeczna należy zasadniczo do kompetencji państw

---

[215] Por. M. Connolly, *Freedom from Discrimination. Indirect Discrimination – Meaning of 'Considerable Difference' Between Those Affected and Those Not – Justification – ECJ and House of Lords*, „Journal of Civil Liberties" 2000, t. 5, nr 2, s. 218.

[216] Zwracają na to uwagę C. Barnard, B. Hepple, *Indirect Discrimination: Interpreting Seymour-Smith…*, s. 399.

[217] Por. E. Szyszczak, *EC Labour Law*, Londyn 2000, s. 81.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

członkowskich, to jednak jest faktem, iż szeroki zakres władzy dyskrecjonalnej, z jakiej państwa członkowskie korzystają w tym zakresie, nie może prowadzić do udaremnienia implementacji podstawowej zasady prawa wspólnotowego, jaką jest zasada równego wynagrodzenia dla mężczyzn i kobiet. Zwykłe uogólnienia dotyczące możliwości pozytywnego wpływu konkretnego środka w zakresie rekrutacji nie są wystarczające dla wykazania, że cel ocenianej regulacji nie jest związany z jakąkolwiek dyskryminacją ze względu na płeć, ani też nie stanowią dowodu, na podstawie którego można by rozsądnie przyjąć, że wybrane środki były odpowiednie do osiągnięcia tego celu[218].

Trybunał wydawał się zatem niezdecydowany co do tego, czy należałoby zastosować test obiektywnego uzasadnienia, jaki sformułował w wyroku w sprawie *Rinner-Kühn*, czy w sprawach *Nolte* i *Megner*. W rezultacie w końcowej części rozstrzygnięcia uznał, że jeśli znacznie mniejszy procent kobiet niż mężczyzn jest w stanie spełnić warunek dwuletniego okresu zatrudnienia, przewidziany w ocenianej regulacji, to państwo członkowskie, które jest jej autorem, ma wykazać, iż:

a) odzwierciedla ona prawnie uzasadniony cel polityki społecznej,
b) cel ten jest niezwiązany z jakąkolwiek dyskryminacją ze względu na płeć, oraz
c) można rozsądnie przyjąć, że wybrane środki były odpowiednie do osiągnięcia tego celu.

W związku z takim ujęciem obiektywnego uzasadnienia w doktrynie podkreśla się, że Trybunał nie zajął jasnego stanowiska i stracił okazję do podania sądom krajowym bardziej wyraźnych wskazówek, w jaki sposób mają oceniać argumenty podawane przez państwa członkowskie[219]. Nie jest bowiem do końca oczywiste, jaki test należałoby stosować przy dokonywaniu kontroli regulacji krajowych. O ile w przypadku środków czy praktyk stosowanych przez pracodawców,

---

[218] Pkt. 75–76 wyroku w sprawie C-167/97.

[219] Por. szerzej C. Barnard, B. Hepple, *Indirect Discrimination: Interpreting Seymour-Smith…*, s. 411–412.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

mamy do czynienia z jednym testem określonym w sprawie *Bilka*, a potwierdzonym w wyżej omówionym wyroku w sprawie *Hill i Stapleton*, o tyle w odniesieniu do działań państw członkowskich Trybunał prezentuje różne podejście. Stąd też niektórzy przedstawiciele doktryny wskazują na istnienie swoistej hierarchii testów obiektywnego uzasadnienia dyskryminacji pośredniej ze względu na płeć. Najsłabszy znajduje zastosowanie w przypadku uzasadnienia regulacji krajowych dotyczących zabezpieczenia społecznego (*Nolte* i *Megner*), kolejny jest przywoływany dla uzasadnienia regulacji krajowych dotyczących zatrudnienia (*Seymour-Smith*), a najsurowszy służy do oceny działań pracodawców (*Bilka*)[220]. Prezentowane jest również takie stanowisko, że między pierwszymi dwoma testami nie zachodzą poważne jakościowe różnice[221]. Wydaje się jednak, że w wyroku w sprawie *Seymour-Smith* Trybunał nieco inaczej podszedł do kwestii obiektywnego uzasadnienia, niż wyroku w sprawie *Nolte*, nie pozostawiając jej tak daleko idącej swobodzie państw członkowskich. Zresztą sam Trybunał w niektórych rozstrzygnięciach wskazuje na różnice między regulacjami dotyczącymi zabezpieczenia społecznego, w ramach którego państwa korzystają z szerokiego zakresu władzy dyskrecjonalnej, a postanowieniami dotyczącymi sfery zatrudnienia, w tym zawartych w układach zbiorowych[222].

2.3.4. Wnioski dotyczące rozwoju dyskryminacji pośredniej ze względu na płeć w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości

Choć rozwój orzecznictwa odnoszącego się do dyskryminacji pośredniej ze względu na płeć przebiegał równolegle z rozwojem tej koncepcji w sprawach dotyczących przynależności państwowej, to jednak brakowało wzajemnych odwołań w wyrokach wydawanych w obu ob-

---

[220] Tak E. Ellis, *The Recent Jurisprudence of the Court of Justice in the Field of Sex Equality…*, s. 1410. Podobnie C, Barnard, B. Hepple, *Indirect Discrimination: Interpreting Seymour-Smith…*, s. 411.

[221] Ch. Tobler, *Indirect Discrimination...*, s. 210.

[222] Por. wyrok z 9 września 1999 roku w sprawie Andrea Krüger v. Kreiskrankenhaus Ebersberg, C-281/97, ECR 1999, s. I–5127, pkt 29.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

szarach. W rozstrzygnięciu w sprawie *Jenkins*[223] Trybunał nie powołał się zatem na dotychczasowe orzecznictwo odnoszące się do dyskryminacji pośredniej ze względu na przynależność państwową. Podobnie w wyrokach dotyczących tej ostatniej kwestii nie powoływał się na test obiektywnego uzasadnienia, mimo że został on w pełni sformułowany już w 1986 roku w sprawie *Bilka*[224]. Należy zatem stwierdzić, że mieliśmy do czynienia z odrębnym rozwojem dyskryminacji pośredniej w obu obszarach, który również miał nieco inny przebieg.

W przypadku dyskryminacji pośredniej ze względu na przynależność państwową jej dwa najważniejsze elementy były stopniowo kształtowane, a formuła przyjęta w wyroku w sprawie *O'Flynn*[225] stanowiła swoiste podsumowanie dotychczasowej linii orzeczniczej Trybunału. Natomiast w orzecznictwie dotyczącym dyskryminacji pośredniej ze względu na płeć jej formuła została określona już w wyroku w sprawie *Bilka*, ale w znacznej mierze opierała się na okolicznościach faktycznych, nie przyjmując w związku z tym ogólnego charakteru. Trybunał nawiązał tam do niekorzystnego wpływu danego środka, wymogu czy praktyki na znacznie większą liczbę kobiet niż mężczyzn, nie doprecyzowując jednak, jak ma przedstawiać się ta proporcja. Z kolei obiektywne uzasadnienie zostało określone jako wymagające wykazania przez pracodawcę, że 1) dokonane przez niego rozróżnienie nie opiera się na płci, ale chodzi o obiektywne okoliczności niezwiązane z jakąkolwiek dyskryminacją na tej podstawie; 2) występuje tzw. prawdziwa potrzeba po jego stronie (ang. *genuine need*), 3) zastosowane środki są odpowiednie i konieczne do osiągnięcia zamierzonego celu. Widać zatem, że oba elementy dyskryminacji pośredniej od początku występowały w orzecznictwie dotyczącym równości płci, ale podlegały doprecyzowaniu w kolejnych orzeczeniach. Ogólny opis koncepcji dyskryminacji pośredniej odnajdziemy dopiero w wyroku w sprawie *Seymour-Smith*[226], gdzie Trybunał wskazał, iż zasada równego wynagrodzenia:

[223] Sprawa 96/80, ECR 1981, s. 911.
[224] Sprawa 170/84, ECR 1986, s. 1607.
[225] C-237/94, ECR 1996, s. I–2617.
[226] C-167/97, ECR 1999, s. I–623.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

> wyklucza nie tylko zastosowanie postanowień prowadzących do bezpośredniej dyskryminacji ze względu na płeć, ale również takich postanowień, które utrzymują zróżnicowane traktowanie mężczyzn i kobiet w pracy w rezultacie zastosowania kryteriów, które nie opierają się na płci, jeśli takie różnice w traktowaniu nie są spowodowane okolicznościami obiektywnymi, niezwiązanymi z dyskryminacją ze względu na płeć[227].

Należy więc zauważyć, że sama koncepcja dyskryminacji pośredniej ze względu na płeć nie różni się od jej ujęcia występującego w orzecznictwie dotyczącym dyskryminacji ze względu na przynależność państwową. W obu przypadkach chodzi o pozornie neutralny środek (postanowienie, praktykę, warunek), który nie opiera się na zakazanym kryterium (odpowiednio przynależności państwowej lub płci), jednakże w praktyce wywiera on niekorzystny wpływ na grupę chronioną, utrzymując zróżnicowane traktowanie odpowiednio obywateli danego państwa i innych państw członkowskich, czy też mężczyzn i kobiet, którego nie da się uzasadnić istnieniem prawnie uzasadnionego celu, niezależnego od zakazanego kryterium. Jeśli jednak można powołać się na takie obiektywne okoliczności, to i tak trzeba wykazać, że zastosowany środek jest odpowiedni i konieczny do osiągnięcia słusznego celu, a zatem zgodny z zasadą proporcjonalności. Fakt, iż mamy do czynienia z tymi samymi elementami dyskryminacji pośredniej, nie oznacza jednak, że są one w taki sam sposób stosowane w sprawach dotyczących przynależności państwowej i płci.

W odniesieniu do pierwszego elementu występuje zróżnicowany standard oceny odnośnie do wymaganego poziomu niekorzystnego wpływu na grupę chronioną i sposobu jego wykazania. I tak, dla stwierdzenia dyskryminacji pośredniej ze względu na przynależność państwową wystarczy powołać się na to, że dany środek może wpłynąć na pracowników migrujących w większym stopniu niż na pracowników krajowych i istnieje ryzyko, że ci pierwsi znajdą się w szczególnie niekorzystnej sytuacji. Nie wymaga się zatem wykazania ani odpo-

[227] Ibidem, pkt 52.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

wiedniego stopnia wpływu, tj. liczby osób dotkniętych przez środek, ani że wpływ ten występuje w praktyce. Wystarczy, że istnieje możliwość pojawienia się takiego dyskryminacyjnego skutku dla pracowników migrujących. Inaczej kwestia ta przedstawia się w sprawach dotyczących dyskryminacji pośredniej ze względu na płeć, w których należy wykazać, że konkretny środek w praktyce dotyka znacznie większą proporcję osób danej płci, co wiąże się z przedstawieniem dowodów statystycznych. W kolejnych orzeczeniach Trybunał wskazywał, że przedstawione statystyki muszą mieć ogólny charakter i obejmować wystarczającą liczbę osób. Ponadto muszą one potwierdzać albo wpływ środka na znacznie większą liczbę osób danej płci (nie została ona dokładnie określona przez Trybunał, jednakże w sprawach, w których uznał występowanie dyskryminacji pośredniej, mieliśmy do czynienia z poziomem przynajmniej 80% osób danej płci[228]), albo też powinny ukazywać mniejszą, ale za to trwałą i relatywnie stałą różnicę w traktowaniu między kobietami a mężczyznami w długim okresie czasu. Wynika z tego, że powódka/powód ma dowieść, że regulacja czy praktyka dotyka nie tylko jej/jego, ale również innych osób tej samej płci. Sprawia to, że podczas gdy pośrednia dyskryminacja ze względu na przynależność państwową może być wykazana na poziomie indywidualnym, czyli bez odnoszenia się do innych pracowników migrujących, o tyle w odniesieniu do dyskryminacji pośredniej na podstawie płci należy udowodnić zbiorowy niekorzystny wpływ. W rezultacie w pierwszym przypadku dla wykazania, że występuje zakazana dyskryminacja, wystarczy, aby tylko jedna osoba została dotknięta przez środek krajowy, podczas gdy w drugim przypadku trzeba oceniać to na tle całej grupy kobiet lub mężczyzn. Prawo do równego traktowania ze względu na płeć staje się zatem bardziej prawem zbiorowym niż indywidualnym[229].

Różnice w podejściu występują również w odniesieniu do obiektywnego uzasadnienia. Po pierwsze, Trybunał dopuścił możliwość usprawiedliwienia środków pośrednio dyskryminujących ze względu

[228] A. Wengdahl, *Indirect Discrimination and the European Court of Justice…*, s. 15.
[229] Ibidem, s. 42–43.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

na płeć w szerszym zakresie niż to miało miejsce w odniesieniu do dyskryminacji pośredniej na podstawie przynależności państwowej, bowiem uwzględnił w jego ramach czynniki ekonomiczne. Odnosiło się to jednak jedynie do środków stosowanych przez pracodawców, bowiem względy budżetowe, na które powoływały się państwa członkowskie, nie zostały uznane przez Trybunał za wystarczające uzasadnienie[230]. Po drugie, w sprawach związanych z dyskryminacją pośrednią ze względu na płeć, test obiektywnego uzasadnienia ma nieco inny charakter w zależności od tego, czy odnosi się do działań pracodawców, czy też regulacji krajowych. Jak wyżej wskazano, w tej mierze Trybunał nie jest zbyt konsekwentny, bowiem stosuje różne testy – najmniej wymagający znajduje zastosowanie w przypadku regulacji krajowych dotyczących zabezpieczenia społecznego (*Nolte* i *Megner*), kolejny jest przywoływany dla uzasadnienia regulacji krajowych dotyczących zatrudnienia (*Seymour-Smith*), a najsurowszy służy do oceny działań pracodawców (*Bilka*).

Należy zatem stwierdzić, że formuła dyskryminacji pośredniej rozwinięta w orzecznictwie nie jest do końca spójna ani precyzyjna. Za duży wkład Trybunału należy uznać samo jej wprowadzenie do sytemu prawa Wspólnoty Europejskiej (obecnie Unii Europejskiej), w tym w obszarze równości kobiet i mężczyzn, natomiast sposób stosowania omawianej koncepcji może być przedmiotem pewnej krytyki. Wątpliwości budzą wskazane wyżej różnice między dyskryminacją pośrednią ze względu na przynależność państwową oraz płeć. Wymogi dowodowe stawiane przez Trybunał w drugim ze wskazanych obszarów idą zbyt daleko, utrudniając tym samym dochodzenie roszczeń w sprawach związanych z dyskryminacją pośrednią ze względu na płeć. Podobnie możliwość szerokiego jej uzasadnienia tak przez pracodawców (zwłaszcza powołanie się na względy ekonomiczne, co

[230] Por. m.in. wyrok z 24 lutego 1994 roku w sprawie M. A. De Weerd, née Roks i inni v. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Gezondheid i inni, C-343/92, ECR 1994, s. I–571 czy wyrok z 6 kwietnia 2000 roku w sprawie Birgitte Jørgensen v. Foreningen af Speciallæger and Sygesikringens Forhandlingsudvalg, C-226/98, ECR 2000, s. I–2447.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

obrazuje choćby omówiona wyżej sprawa *Enderby*[231]), jak i państwa członkowskie (zwłaszcza w odniesieniu do regulacji związanych z zabezpieczeniem społecznym) nie jest korzystna dla osób dotkniętych tą formą dyskryminacji. Jeśli bowiem uda im się przy pomocy statystyk wykazać znaczący wpływ danego środka na przedstawicieli ich płci, to będzie można stosunkowo łatwo go usprawiedliwić. Tymczasem Trybunał powinien położyć większy nacisk na kontrolę proporcjonalności stosowanych środków i konsekwentnie oceniać je z punktu widzenia obu kryteriów tej zasady – odpowiedniości i konieczności.

Jeśli natomiast chodzi o stopień precyzji definicji dyskryminacji pośredniej sformułowanej w orzecznictwie, to należy zauważyć, że jest ona niejasna w odniesieniu do różnych aspektów[232]. W przypadku pierwszego elementu problemem jest nieprecyzyjne określenie wymaganego stopnia wpływu na osoby danej płci oraz sposobu przeprowadzania porównania w tym zakresie. Z kolei w stosunku do obiektywnego uzasadnienia Trybunał nie wskazuje, jakie cele można uznać za prawnie uzasadnione, co mógłby uczynić, choćby w formie przykładowego wyliczenia, jak również nie jest precyzyjny odnośnie do stosowanego testu proporcjonalności i jego znaczenia[233]. Ten brak precyzji przy definiowaniu dyskryminacji pośredniej wywoływał problemy praktyczne, zwłaszcza w związku ze stosowaniem przepisów krajowych, które implementowały dyrektywy odnoszące się do równego traktowania kobiet i mężczyzn (chodzi m.in. o dyrektywy 76/207 i 79/7). Zawierały one bowiem zakaz dyskryminacji pośredniej, ale jej nie definiowały, co sprawiało, że główną rolę w tym zakresie odgrywało orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości. Wobec tego, że nie było ono do końca spójne i precyzyjne, oraz że w państwach członkowskich występowały problemy w zakresie definicji i sposobu rozumienia omawianej koncepcji, Komisja Europejska podjęła kroki związane z regulacją tego zagadnienia w aktach prawa wtórnego.

---

[231] C-127/92, ECR 1993, s. I–5535.

[232] Słusznie zwraca na to uwagę Ch. Tobler, *Indirect Discrimination...*, s. 277.

[233] Ibidem.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

3. Regulacja dyskryminacji pośredniej w prawie wtórnym UE

3.1. Definicja przyjęta w dyrektywie Rady 97/80 dotyczącej ciężaru dowodu w sprawach dyskryminacji ze względu na płeć

W końcu lat osiemdziesiątych Komisja Europejska powołała grupę ekspertów do zbadania problemów związanych z implementacją dyrektyw wspólnotowych dotyczących równego traktowania mężczyzn i kobiet (chodziło głównie o dyrektywę 76/207 oraz 79/7). Grupa ta zwróciła uwagę na problemy związane z definicją dyskryminacji pośredniej zarówno w prawie wspólnotowym, jak i regulacjach państw członkowskich[234]. W rezultacie Komisja Europejska w ramach prac legislacyjnych dotyczących zagadnienia ciężaru dowodu w sprawach dotyczących równego traktowania mężczyzn i kobiet podjęła próbę zdefiniowania omawianej koncepcji. W pierwszej propozycji dyrektywy dotyczącej tej kwestii z 1988 roku przyjęta została następująca definicja:

> dla celów związanych z zasadą równości [...] dyskryminacja pośrednia występuje w sytuacji, gdy z pozoru neutralny przepis, kryterium lub praktyka nieproporcjonalnie pogarsza sytuację przedstawicieli jednej płci, w szczególności poprzez odniesienie się do statusu cywilnego lub rodzinnego, i nie są one obiektywnie uzasadnione przez konieczną przyczynę lub warunek niezwiązany z płcią osoby, której dotyczą[235].

Widać zatem wyraźnie, że Komisja nawiązała do orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości dotyczącego dyskryminacji pośredniej ze względu na płeć (sama na to wskazała w uzasadnieniu projektu). Różnice dotyczą jednak zarówno sposobu ujęcia pierwszego z jej elementów (odwołanie do nieproporcjonalnego pogorszenia sytuacji

[234] Por. szerzej N. Burrows, J. Mair, *European Social Law*, Chichester 1996, s. 134–135.

[235] Art. 5 ust. 1 propozycji dyrektywy Rady dotyczącej ciężaru dowodu w zakresie równości wynagrodzeń oraz równego traktowania mężczyzn i kobiet, Dz. Urz. C 176 z 5.07.1988, s. 5.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

osób danej płci, podczas gdy Trybunał wskazywał na wpływ przepisu, kryterium lub praktyki na znacząco większy procent osób danej płci), jak i braku wymogu zgodności z zasadą proporcjonalności w ramach tzw. obiektywnego uzasadnienia. Nie mieliśmy zatem do czynienia z pełnym odzwierciedleniem orzeczniczej koncepcji dyskryminacji pośredniej, co należy wiązać także z tym, iż w końcu lat osiemdziesiątych nadal była ona rozwijana przez Trybunał.

W kolejnej propozycji dyrektywy Rady dotyczącej ciężaru dowodu w sprawach dyskryminacji ze względu na płeć z 1996 roku[236] (poprzednia nie została bowiem przyjęta wskutek sprzeciwu Zjednoczonego Królestwa i ostatecznie ją wycofano) Komisja utrzymała pierwszą część definicji, natomiast wyraźnie odniosła się do wymogu zgodności z zasadą proporcjonalności w ramach tzw. obiektywnego uzasadnienia. Zgodnie z art. 2 ust. 2 projektu dyrektywy:

> dyskryminacja pośrednia występuje, w sytuacji gdy z pozoru neutralny przepis, kryterium lub praktyka nieproporcjonalnie pogarsza sytuację przedstawicieli jednej płci, w szczególności poprzez odniesienie się do statusu cywilnego lub rodzinnego, chyba że cel realizowany przez zastosowanie tego przepisu, kryterium lub praktyki jest obiektywnie uzasadniony, a środki służące do jego osiągnięcia są odpowiednie i konieczne.

Ta wyjściowa definicja zaproponowana przez Komisję Europejską była jednak przedmiotem dalszych prac legislacyjnych. Parlamentarna Komisja Praw Kobiet opowiedziała się za zaostrzeniem wymogów odnoszących się do obiektywnego uzasadnienia. W swoim raporcie zaproponowała, aby końcowa część definicji brzmiała następująco:

> [...] chyba że realizowany cel odpowiada rzeczywistej potrzebie przedsiębiorstwa lub też jest zgodny z koniecznym celem polityki społecznej państwa członkowskiego, jest sam w sobie zupełnie niezwiązany z dyskryminacją ze względu na płeć i jako taki obiektywnie uzasadniony, oraz że środki służące realizacji tego celu są odpowiednie i konieczne.

[236] Dz. Urz. C 332 z 7.11.1996, s. 11.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

Takie ujęcie zostało zaaprobowane przez Parlament Europejski[237], a następnie samą Komisję Europejską[238]. Nie ma przy tym wątpliwości, że w szerszym zakresie, niż pierwotna definicja Komisji Europejskiej, stanowiło odzwierciedlenie orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości dotyczącego obiektywnego uzasadnienia. Rada przyjęła jednak inne stanowisko i ostateczny tekst dyrektywy Rady 97/80 z 15 grudnia 1997 roku dotyczącej ciężaru dowodu w sprawach dyskryminacji ze względu na płeć[239] przewiduje w art. 2 ust. 2, że:

> Do celów zasady równości traktowania, o której mowa w ust. 1, pośrednia dyskryminacja ma miejsce wtedy, gdy pozornie neutralny przepis, kryterium lub praktyka pogarsza sytuację znacznie większej części przedstawicieli jednej płci, chyba że przepis ten, kryterium lub praktyka są właściwe i niezbędne oraz mogą być usprawiedliwione obiektywnymi czynnikami niezwiązanymi z płcią.

Ta definicja stanowi odzwierciedlenie orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości[240], choć nie jest z nim identyczna. Przede wszystkim należy zauważyć, że wyraźnie odwołuje się ona zarówno do przepisów prawnych, jak i kryteriów oraz praktyk, co rozszerza zakres zastosowania omawianej koncepcji, bowiem pozwala powoływać się na nią nie tylko w przypadku stosowania konkretnej regulacji ustawy czy układów zbiorowych. Jeśli chodzi o pierwszy element dyskrymi-

---

[237] Por. opinię Parlamentu odnośnie do propozycji dyrektywy Rady dotyczącej ciężaru dowodu w sprawach dyskryminacji ze względu na płeć, Dz. Urz. C 132 z 28.4.1997, s. 215.

[238] W 1997 roku przedstawiła ona zmienioną propozycję dyrektywy, która uwzględniała poprawkę zgłoszoną przez Parlament w odniesieniu do definicji dyskryminacji pośredniej – por. zmienioną propozycję dyrektywy Rady dotyczącej ciężaru dowodu w sprawach dyskryminacji ze względu na płeć, Dz. Urz. C 185 z 18.06.1997, s. 21.

[239] Dz. Urz. L 14 z 20.01.1998, s. 6.

[240] W doktrynie wskazuje się na konsolidację orzecznictwa dotyczącego omawianej koncepcji – tak. m.in. E. Szyszczak, *EC Labour Law*, Londyn 2000, s. 82. Można jednak znaleźć również takie poglądy, że mieliśmy do czynienia jedynie z definicją zainspirowaną orzecznictwem.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

nacji pośredniej, mamy do czynienia z wyraźnym nawiązaniem do orzeczniczej formuły „wpływu na znacznie większy procent (większą część) osób danej płci", jednakże nie przejęto jej końcowej części – „w porównaniu z osobami innej płci". Czy to oznacza, że w świetle definicji nie ma potrzeby wykazywania, że zachodzi różnica w traktowaniu między mężczyznami a kobietami? Wydaje się, że nie do końca, bowiem wykazanie, że przepis, kryterium czy praktyka pogarsza sytuację znacznie większej części przedstawicieli jednej płci, siłą rzeczy będzie wymagało przeprowadzenia porównania z sytuacją osób drugiej płci. Niestety, w odniesieniu do wykazania owego pogorszenia (inaczej negatywnego wpływu) dyrektywa utrzymała wymóg, że ma ono wystąpić w praktyce, a więc mieć charakter rzeczywisty, a nie tylko potencjalny. Jeśli dodatkowo trzeba dowieść, że ten niekorzystny wpływ odnosi się do znacznie większej części przedstawicieli jednej płci, to tak naprawdę mamy do czynienia z utrzymaniem konieczności posługiwania się danymi statystycznymi, co sprawiało praktyczne trudności w postępowaniu przez sądami krajowymi i Trybunałem Sprawiedliwości.

Odnosząc sie z kolei do obiektywnego uzasadnienia, należy zauważyć, że najbliższa ujęciu występującemu w rozstrzygnięciach Trybunału była definicja zaproponowana przez Parlament Europejski, która uwzględniała zróżnicowane podejście w zależności od tego, czy mamy do czynienia ze środkiem stosowanym przez pracodawców, czy też państwa członkowskie. Z kolei w dyrektywie przyjęto bardziej uproszczoną regulację, która nie nawiązuje do tego, kto jest autorem przepisu, kryterium lub praktyki. Trzeba także podkreślić, że komentowana definicja w pierwszej kolejności wskazuje na wymóg zgodności środków z zasadą proporcjonalności, a dopiero potem na ich cel, co jest sprzeczne z kolejnością dokonywania kontroli w ramach tzw. obiektywnego uzasadnienia. Najpierw bowiem trzeba sprawdzić, czy dany przepis, kryterium czy praktyka są w ogóle uzasadnione obiektywnymi czynnikami niezwiązanymi z płcią, a dopiero potem, czy są właściwe i niezbędne do osiągnięcia owego słusznego celu. Można więc stwierdzić, że o ile w świetle orzecznictwa proporcjonalność zastosowanych środków jest częścią tzw. obiektywnego

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

uzasadnienia, o tyle w definicji wydaje się ona mieć charakter osobnego testu[241].

3.2. Definicja zawarta w dyrektywie 2000/43 wprowadzającej w życie zasadę równego traktowania osób bez względu na pochodzenie rasowe lub etniczne

Kiedy podjęte zostały prace legislacyjne nad dyrektywami opartymi na art. 13 TWE (obecnie art. 19 TFUE), który ustanowił podstawę do przyjmowania środków niezbędnych w celu zwalczania wszelkiej dyskryminacji ze względu na takie kryteria, jak rasa lub pochodzenie etniczne, religia lub światopogląd, niepełnosprawność, wiek oraz orientacja seksualna, znowu pojawiło się zagadnienie definicji dyskryminacji pośredniej. Komisja Europejska w swoim pierwotnym projekcie dyrektywy Rady wprowadzającej w życie zasadę równego traktowania osób bez względu na pochodzenie rasowe lub etniczne postanowiła dokonać pewnych zmian w tym zakresie w porównaniu z postanowieniami dyrektywy 97/80. Przyjęła zatem następującą definicję:

> pośrednia dyskryminacja ma miejsce, gdy pozornie neutralny przepis, kryterium lub praktyka może negatywnie wpłynąć na osobę lub grupę osób danego pochodzenia rasowego lub etnicznego, chyba że ten przepis, kryterium lub praktyka jest obiektywnie uzasadniona legalnym celem, który nie jest związany z rasowym lub etnicznym pochodzeniem osoby lub grupy osób, a środki mające służyć osiągnięciu tego celu są odpowiednie i konieczne[242].

Jak widać, różniła się ona od definicji zawartej w dyrektywie 97/80 w odniesieniu do obu elementów dyskryminacji pośredniej. Należy

---

[241] Tak też Ch. Tobler, *Indirect Discrimination*..., s. 283.

[242] Por. art. 2 ust. 2 pkt b pierwotnej propozycji dyrektywy Rady wprowadzającej w życie zasadę równego traktowania osób bez względu na pochodzenie rasowe lub etniczne, COM (99) 566 final. Tekst tego postanowienia jest dostępny na stronie internetowej http://www.europa-nu.nl/id/vi7jgkeb4swt/proposal_for_a_council_directive (data korzystania: 13.01.2012)

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

przy tym zauważyć, że ujęcie pierwszego z nich było oparte na orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości odnoszącym się do dyskryminacji pośredniej ze względu na przynależność państwową, a nie ze względu na płeć. Stało się to jeszcze bardziej widoczne w zmienionej wersji projektu, w której pierwszą część definicji uzupełniono w następujący sposób:

> pośrednia dyskryminacja ma miejsce, gdy pozornie neutralny przepis, kryterium lub praktyka może **ze swej natury** negatywnie wpłynąć na osobę lub grupę osób danego pochodzenia rasowego lub etnicznego i **gdy w rezultacie istnieje ryzyko, że znajdą się one w szczególnie niekorzystnej sytuacji** [podkr. J. M.-N.], chyba że ten przepis, kryterium lub praktyka jest obiektywnie uzasadniona legalnym celem, który nie jest związany z rasowym lub etnicznym pochodzeniem osoby lub grupy osób, a środki mające służyć osiągnięciu tego celu są odpowiednie i konieczne[243].

Ta definicja w jeszcze większym stopniu pozostawała pod wpływem orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości odnoszącego się do dyskryminacji pośredniej ze względu na przynależność państwową, bowiem wprost nawiązywała do formuły zastosowanej w sprawie *O'Flynn*[244]. Warto jednak zwrócić uwagę na pewną różnicę, związaną z tym, że definicja zawarta w projekcie Komisji odnosiła się zarówno do „osoby, jak i grupy osób danego pochodzenia rasowego lub etnicznego", co zakładało bardziej indywidualne podejście. W ostatecznie przyjętej wersji, zawartej w dyrektywie Rady 2000/43/WE z 29 czerwca 2000 r. wprowadzającej w życie zasadę równego traktowania osób bez względu na pochodzenie rasowe lub etniczne[245] nie zostało

---

[243] Art. 2 ust. 2 pkt b zmienionej propozycji dyrektywy Rady wprowadzającej w życie zasadę równego traktowania osób bez względu na pochodzenie rasowe lub etniczne, COM (2000) 328 final.

[244] Wyżej cytowany wyrok w sprawie C-237/94, ECR 1996, s. I–2617. Por. też Ch. Brown, *The Race Directive: Towards Equality for All the Peoples of Europe?*, „Yearbook of European Law" 2001–2002, t. 21, s. 206.

[245] Dz. Urz. L 180 z 19.7.2000, s. 22–26.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

ono jednak utrzymane. Art. 2 ust. 2 pkt b dyrektywy przewiduje bowiem, że:

> dyskryminacja pośrednia ma miejsce, gdy pozornie neutralny przepis, kryterium lub praktyka mogą doprowadzić do szczególnie niekorzystnej sytuacji dla osób danego pochodzenia rasowego lub etnicznego w porównaniu do innych osób, chyba że taki przepis, kryterium lub praktyka są obiektywnie uzasadnione legalnym celem, a środki mające służyć osiągnięciu tego celu są odpowiednie i konieczne.

Należy zatem zauważyć, że po pierwsze, podobnie jak w dyrektywie 97/80, odniesiono się do przepisu, kryterium lub praktyki, co zakłada szeroki zakres zastosowania dyskryminacji pośredniej w ramach różnych środków – zarówno bardziej sformalizowanych, przyjmujących postać regulacji prawnych, jak i zachowań faktycznych. Jak podkreśla się w doktrynie, nie ma znaczenia, jak działa ów system zróżnicowania: może to być celowe ustalenie pracodawcy albo też po prostu rezultat sposobu, w jaki w praktyce działa dane przedsiębiorstwo[246]. Istotne jest jednak to, aby nie odwoływały się one wprost do zakazanych kryteriów, ale miały pozornie neutralny charakter.

Po drugie, nie wymaga się, aby faktycznie prowadziły one do szczególnie niekorzystnej sytuacji, a jedynie, aby były w stanie to uczynić („mogą doprowadzić"). Mamy zatem do czynienia z ujęciem zbliżonym do tego, jakie występuje w orzecznictwie dotyczącym dyskryminacji pośredniej ze względu na przynależność państwową, w ramach którego Trybunał nie wymagał wykazania rzeczywistego, a jedynie potencjalnie niekorzystnego wpływu na obywateli danego państwa członkowskiego. Oznacza to, że osoba, która uważa się za ofiarę dyskryminacji pośredniej ze względu na pochodzenie rasowe lub etniczne, nie musi faktycznie pozostawać w szczególnie niekorzystnej sytuacji w porównaniu do innych osób, ale wystarczająca

[246] Tak E. Ellis, *Definitions of Key Concepts: Direct and Indirect Discrimination, Harassment*, Materiały z konferencji *The Fight Against Discrimination: the Equal Treatment Directives of 2000*, Trier 2007, s. 5, dostępne na stronie internetowej: http://www.era-comm.eu/oldoku/Definitionofkeyconcepts.htm (data korzystania: 20.01.2012)

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

jest możliwość wystąpienia takiego skutku przepisu, kryterium lub praktyki[247].

Po trzecie, nie trzeba uwzględniać całkowitej liczby osób danego pochodzenia rasowego lub etnicznego dotkniętych dyskryminacją pośrednią, bowiem w definicji wskazuje się ogólnie na ich szczególnie niekorzystną sytuację w porównaniu do innych osób. Powstaje zatem pytanie, czy taka regulacja eliminuje całkowicie potrzebę posłużenia się danymi statystycznymi? Dla odpowiedzi na to pytanie ważne jest przytoczenie regulacji zawartej w preambule dyrektywy 2000/43, która przewiduje, że:

> ocena faktów, które nasuwają przypuszczenie istnienia bezpośredniej i pośredniej dyskryminacji, należy do sądu krajowego lub innego właściwego organu, zgodnie zasadami prawa krajowego lub praktyką krajową. Zasady te mogą przewidywać w szczególności, że fakt występowania dyskryminacji pośredniej można udowodnić z wykorzystaniem wszelkich środków, również na podstawie danych statystycznych[248].

Oznacza to, iż statystyki mogą być wykorzystywane jako jeden ze środków wykazania dyskryminacji pośredniej ze względu na pochodzenie rasowe lub etniczne, jeśli przewiduje to prawo krajowe. Nie mają one jednak wyłącznego charakteru, a zatem w postępowaniu przed sądem krajowym można powoływać się na dane statystyczne, zwłaszcza jeśli są dostępne i dobrze ilustrują dyskryminacyjne traktowanie. Natomiast, jeśli strona nimi nie dysponuje, bądź też nie są przydatne w konkretnym przypadku, wystarczy ustalenie okoliczności faktycznych i wyciągnięcie na ich podstawie słusznych wniosków[249]. Sądy krajowe nie zawsze powinny zatem wymagać przedstawienia stosownych statystyk, ale mogą zbadać przepis, kryterium lub prak-

---

[247] Por. E. Guild, *The EC Directive on Race Discrimination: Surprises, Possibilities and Limitations*, „Industrial Law Journal" 2000, t. 29, nr 4, s. 420.

[248] Ustęp 15 preambuły dyrektywy 2000/43.

[249] Por. E. Ellis, *Definitions of Key Concepts* …, s. 6. Autorka zwraca uwagę na to, że sądy będą mogły w większym zakresie polegać na własnym zdrowym rozsądku, przy wyciąganiu wniosków w stosunku do okoliczności faktycznych danego przypadku.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

tykę na podstawie ogólnej wiedzy uwzględniającej fakty społeczne[250]. Kwestia ta ma szczególne znaczenie w kontekście dyskryminacji ze względu na pochodzenie rasowe lub etniczne, bowiem w niektórych państwach członkowskich regulacje o ochronie danych osobowych zakazują zbierania danych dotyczących pochodzenia[251].

Po czwarte, musimy mieć do czynienia ze szczególnie, a nie tylko zwyczajnie niekorzystną sytuacją, co zakłada, że negatywny wpływ przepisu, kryterium lub praktyki na osoby danego pochodzenia rasowego lub etnicznego powinien osiągnąć określony poziom. Doprecyzowanie, kiedy ma to miejsce, będzie musiało nastąpić w orzecznictwie. W związku z tym należy zauważyć, że Trybunał Sprawiedliwości w swoich dotychczasowych rozstrzygnięciach dotyczących dyskryminacji pośredniej ze względu na przynależność państwową czy płeć nie wymagał precyzyjnego dowodu stopnia, w jakim dany środek wpływa na konkretną grupę osób. Trzeba również podkreślić, że chociaż wskazany wyżej negatywny wpływ przepisu, kryterium czy praktyki ma osiągnąć określony poziom, to nie oznacza to jednak, że ma on być bardzo wysoki. W doktrynie przyjmuje się, że przy ocenie tego elementu sądy krajowe będą posiadały pewien zakres swobody, a więc to one ostatecznie ustalą, czy dana osoba znalazła się w szczególnie niekorzystnej sytuacji w stosunku do innych osób[252].

Po piąte, podobnie jak w przypadku ujęcia występującego w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości oraz w przepisach dyrektywy 97/80 dyskryminacja pośrednia ze względu na pochodzenie rasowe lub etniczne, nawet jeśli wystąpi, to będzie mogła być obiektywnie uzasadniona legalnym celem, przy czym środki mające służyć jego osiągnięciu muszą być odpowiednie i konieczne, czyli czynić zadość wymogom wynikającym z zasady proporcjonalności. Kwestia ta została unormowana w bardziej logiczny sposób, niż to mia-

---

[250] Por. L. Farkas, *Mniejszości narodowe i etniczne po akcesji do UE*, [w:] *Dyrektywy Unii Europejskiej dotyczące równego traktowania bez względu na rasę jako instrument zmiany prawa polskieg*o, Materiały z międzynarodowej konferencji naukowej, 29 września 2004, Warszawa 2004, s. 13.

[251] T. Tridimas, *The General Principles of EU Law*, Oxford 2006, s. 70.

[252] Tak E. Ellis, *Definitions of Key Concepts…*, s. 6.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

ło miejsce w dyrektywie 97/80, bowiem najpierw odwołano się do celu, a następnie do środków służących jego osiągnięciu. Należy też zauważyć, że podejście do obiektywnego uzasadnienia nie różni się w zależności od tego, czy mamy do czynienia z działaniem państwa członkowskiego, czy też pracodawcy (ewentualnie innych podmiotów, bowiem dyrektywa 2000/43 nie ogranicza zakresu przedmiotowego swojego zastosowania do sfery zatrudnienia). Nie wzorowano się zatem na orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości dotyczącym dyskryminacji pośredniej ze względu na płeć. Natomiast w porównaniu z rozstrzygnięciami dotyczącymi dyskryminacji pośredniej na podstawie przynależności państwowej mamy do czynienia z bardziej precyzyjnym ujęciem, bowiem w omawianej definicji wyraźnie odwołano się do legalnego celu. W doktrynie wskazuje się, że w ten sposób zastąpiono trudną do określenia obiektywnie uzasadnioną przyczynę (czynniki), legalnym celem, co nie tylko uwalnia sądy od stosowania różnych kryteriów ocennych, ale również stwarza większe gwarancje praworządności[253].

Na zakończenie uwag dotyczących definicji dyskryminacji pośredniej w dyrektywie 2000/43 należy podkreślić, że zgodnie z jej art. 6 ust. 1 państwa członkowskie mogą przyjmować lub utrzymywać przepisy bardziej korzystne dla zasady równego traktowania od postanowień zawartych w dyrektywie, która w związku z tym ma jedynie minimalny charakter. To zaś oznacza, że regulacje krajowe dotyczące dyskryminacji pośredniej mogą być bardziej korzystne dla ofiar dyskryminacji ze względu na pochodzenia rasowe lub etniczne, np. przewidywać mniej wymagający dowód dotyczący niekorzystnego wpływu, czy też bardziej surowe rozwiązania w zakresie wykazania obiektywnego uzasadnienia i zgodności z zasadą proporcjonalności. Natomiast postanowienia przyjęte przez państwa członkowskie nie mogą „zejść poniżej minimum" przewidzianego w omawianej dyrektywie, np. przewidzieć, że osoba danego pochodzenia rasowego lub

[253] Por. I. Boruta, *Zakaz dyskryminacji w zatrudnieniu – nowa regulacja prawna*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne" 2004, nr 2, s. 4 oraz J. Król, *Nowelizacja kodeksu pracy dotycząca równego traktowania w zatrudnieniu na tle regulacji wspólnotowych*, „Radca Prawny" 2004, nr 4, s. 95.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

etnicznego musi faktycznie pozostawać w szczególnie niekorzystnej sytuacji w porównaniu do innych osób.

3.3. Definicja zawarta w dyrektywie 2000/78 ustanawiającej ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy

W związku z tym, że opracowywanie projektu dyrektywy 2000/78 przebiegało równolegle z pracami nad dyrektywą 2000/43, mieliśmy do czynienia ze zbliżonym podejściem Komisji Europejskiej do kwestii definicji dyskryminacji pośredniej. I tak, pierwotnie zostało zaproponowane ujęcie, zgodnie z którym ma ona miejsce:

> gdy pozornie neutralny przepis, kryterium lub praktyka może negatywnie wpłynąć na osobę lub grupę osób, do których znajduje zastosowanie jedno z kryteriów wymienionych w art. 1 [tj. religia lub przekonania, niepełnosprawność, wiek lub orientacja seksualna, dopisek J. M.-N.], chyba że ten przepis, kryterium lub praktyka jest obiektywnie uzasadniona legalnym celem, a środki mające służyć jego osiągnięciu są odpowiednie i konieczne[254].

W uzasadnieniu swojego projektu Komisja wskazała, że w odniesieniu do dyskryminacji pośredniej ze względu na płeć Trybunał Sprawiedliwości wymaga dowodów statystycznych dla jej wykazania. Jednakże stosowne statystyki nie zawsze są dostępne[255]. W rezultacie Komisja oparła się na orzecznictwie dotyczącym swobody przepływu pracowników. Jej zdaniem test możliwości wywarcia negatywnego wpływu (ang. *the liability test)* może być bowiem wykazany zarówno przy pomocy danych statystycznych, jak i przy pomocy innych środ-

[254] Por. art. 2 ust. 2 pkt b pierwotnej propozycji dyrektywy Rady ustanawiającej ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy, COM (99) 565 final. Tekst dostępny na stronie internetowej: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:1999:0565:FIN:EN:PDF (data dostępu: 23.01.2012).

[255] Ibidem, s. 8 uzasadnienia.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

ków dowodowych[256]. Wskazana definicja dyskryminacji pośredniej została również utrzymana w zmienionej propozycji Komisji dyrektywy ustanawiającej ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy[257]. Jednakże w toku dalszych prac legislacyjnych nad tym projektem dokonano w nim wielu zmian, które dotyczyły również omawianej koncepcji. W rezultacie w art. 2 ust. 2 pkt b dyrektywy Rady 2000/78/WE z 27 listopada 2000 r. ustanawiającej ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy[258] przyjęto, że:

> dyskryminacja pośrednia występuje w przypadku, gdy pozornie neutralny przepis, kryterium lub praktyka może doprowadzić do szczególnie niekorzystnej sytuacji dla osób danej religii lub przekonań, niepełnosprawności, wieku lub orientacji seksualnej, w porównaniu do innych osób, chyba że:
> i) taki przepis, kryterium lub praktyka jest obiektywnie uzasadniona zgodnym z prawem celem, a środki mające służyć osiągnięciu tego celu są odpowiednie i konieczne, lub
> ii) jeżeli w przypadku osób w określony sposób niepełnosprawnych, pracodawca lub każda osoba, do której odnosi się niniejsza dyrektywa, jest zobowiązany, na mocy przepisów krajowych, podejmować właściwe środki zgodnie z zasadami określonymi w art. 5 [zobowiązuje on pracodawców do wprowadzenia racjonalnych usprawnień dla osób niepełnosprawnych, dopisek J. M.-N.], w celu zlikwidowania niedogodności spowodowanych tym przepisem, kryterium lub praktyką".

Przyjęto zatem definicję dyskryminacji pośredniej odpowiadającą tej, jaka została przewidziana wcześniej w dyrektywie 2000/43. Podobnie uznano więc, że należy ją ujmować w możliwe najszerszym zakresie, jeśli chodzi o środki, które mogą prowadzić do dyskrymi-

---

[256] Ibidem.

[257] COM (2000) 652 final. Tekst dostępny na stronie: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2001:062E:0152:0163:EN:PDF (data dostępu: 23.01.2012).

[258] Dz. Urz. L 303 z 2.12.2000, s. 16–22.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

nacji, ponieważ w ramach definicji uwzględniono zarówno bardziej sformalizowane działania, przyjmujące postać regulacji prawnych, jak i zachowania nieuregulowane, jak praktyka czy opinia[259]. Ponadto nie wymaga się, aby faktycznie prowadziły one do niekorzystnej sytuacji, a jedynie, by były w stanie to uczynić („może doprowadzić"). Oznacza to, że nie jest konieczne, aby konkretna osoba rzeczywiście znalazła się w takim niedogodnym położeniu[260]. Natomiast wymaga się, aby było ono szczególnie, a nie zwyczajnie niekorzystne, co zakłada, że negatywny wpływ przepisu, kryterium lub praktyki na osoby danej religii lub przekonań, niepełnosprawności, wieku lub orientacji seksualnej powinien osiągnąć określony poziom, choć niekoniecznie bardzo wysoki. Nie trzeba przy tym uwzględniać całkowitej liczby osób należących do danej kategorii, dotkniętych dyskryminacją pośrednią, bowiem w definicji wskazuje się ogólnie na ich szczególnie niekorzystną sytuację w porównaniu do innych osób. Osłabia to znaczenie statystyk w ramach prowadzonego postępowania dowodowego, jednak całkowicie ich nie eliminuje. Podobnie bowiem jak w dyrektywie 2000/43, w preambule przewiduje się, że:

> ocena stanu faktycznego, który nasuwa przypuszczenie o istnieniu bezpośredniej lub pośredniej dyskryminacji, należy do sądu krajowego lub innego właściwego organu, zgodnie z prawem krajowym lub praktyką krajową, które mogą przewidywać, w szczególności, że fakt występowania dyskryminacji pośredniej można udowodnić z wykorzystaniem wszelkich środków, również na podstawie danych statystycznych[261].

Oznacza to, iż statystyki mogą być wykorzystywane jako jeden ze środków wykazania dyskryminacji pośredniej ze względu na religię

---

[259] M. F. Fernández López, F. J. Calvo Gallego, *Directive 2000/78/EC and the Prohibition of Discrimination Based on Religion*, s. 5, dostępne na stronie internetowej: http://www.era-comm.eu/oldoku/Discriminationonthegroundsofreligion.htm (data dostępu: 23.01.2012).

[260] K. Ahtela, *The Revised Provisions on Sex Discrimination in European law: A Critical Assessment*, „European Law Journal" 2005, t. 11, nr 1, s. 64.

[261] Ustęp 15 preambuły dyrektywy 2000/78.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

lub przekonania, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną, jeśli przewiduje to prawo krajowe. Podobnie jednak, jak w przypadku dyskryminacji pośredniej ze względu na pochodzenie rasowe lub etniczne, nie mają one wyłącznego charakteru. Jeśli zatem strona nie dysponuje stosownymi danymi statystycznymi, bądź też nie są one przydatne w konkretnym przypadku, wystarczy ustalenie okoliczności faktycznych i wyciągnięcie na ich podstawie słusznych wniosków[262]. W tym względzie w doktrynie zwraca się uwagę na specyfikę kryteriów uregulowanych w dyrektywie 2000/78, która ma wpływ na posługiwanie się stosownymi statystykami. Na przykład, względy ochrony prywatności przesadzają o tym, że trudno będzie uzyskać stosowne informacje statystyczne na temat orientacji seksualnej pracowników, stopień i różne rodzaje niepełnosprawności powodują, że praktycznie nie da się ująć osób niepełnosprawnych w ramy jednolitych statystyk, a z kolei w przypadku wieku będą one mało przydatne, bo podlega on ciągłym zmianom[263].

Podobnie jak w przypadku ujęcia występującego w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości oraz w przepisach dyrektyw 97/80 i 2000/43, dyskryminacja pośrednia ze względu na religię lub przekonania, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną może być obiektywnie uzasadniona legalnym celem, przy czym środki mające służyć jego osiągnięciu muszą być odpowiednie i konieczne, czyli czynić zadość wymogom wynikającym z zasady proporcjonalności. Kwestia ta została unormowana w analogiczny sposób, jak w dyrektywie 2000/43, a zatem odwołano się do celu zgodnego z prawem, zamiast do obiektywnie uzasadnionej przyczyny (czynników), co stwarza większe gwarancje praworządności[264].

Na uwagę zasługuje natomiast nowe uzasadnienie, które ma charakter specyficzny, bowiem odnosi się tylko do jednego kryterium uregulowanego w dyrektywie 2000/78, mianowicie niepełnosprawności. Z art. 2 ust. 2 pkt b (ii) wynika, że istnieje możliwość utrzymania

[262] Por. E. Ellis, *Definitions of Key Concepts...*., s. 6.

[263] Por. szerzej Ch. Tobler, *Indirect Discrimination...*, s. 291–292 i cyt. tam literaturę przedmiotu

[264] Por. J. Król, op. cit., s. 95.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

kwestionowanego przepisu, kryterium lub praktyki, jeśli pracodawca lub każda osoba, do której odnosi się dyrektywa (ze względu na jej zakres zastosowania są to np. podmioty organizujące szkolenia zawodowe, czy też organizacje pracownicze), jest zobowiązana zgodnie z prawem krajowym do wprowadzenia racjonalnych usprawnień dla osób niepełnosprawnych w celu zlikwidowania niedogodności spowodowanych jednym z tych środków. Regulacja ta zakłada zatem, że mamy do czynienia z przepisami krajowymi, które przewidują obowiązek wprowadzenia racjonalnych usprawnień w sposób zgodny z dyrektywą 2000/78, a pracodawca lub inna osoba faktycznie ich przestrzegają[265]. Należy więc przyjąć, że jeśli ten obowiązek nie jest w praktyce zrealizowany, to nie można uzasadnić dyskryminacji pośredniej ze względu na niepełnosprawność omawianą regulacją, a jedynie zgodnym z prawem celem, a zatem znajdzie zastosowanie pierwsza część uzasadnienia. Można więc uznać, że wprowadzenie racjonalnych usprawnień dla osób w określony sposób niepełnosprawnych stanowi środek pozwalający wyeliminować negatywne skutki płynące dla nich z dyskryminacji pośredniej. W związku z tym w doktrynie zauważa się, że regulacja art. 2 ust. 2 pkt b (ii) zmierza do zapewnienia pomocy potencjalnym ofiarom dyskryminacji pośredniej przy uzyskiwaniu racjonalnych usprawnień, zapewniając przy tym pracodawcy pewien zakres swobody w działaniu, stąd też jej skutkiem jest stworzenie sytuacji korzystnej dla obu stron[266].

Należy przy tym zauważyć, że podobnie, jak w przypadku dyrektywy 2000/43 omawiany akt prawny ma charakter minimalny (art. 8 ust. 1 dyrektywy 2000/78), a zatem państwa członkowskie są uprawnione do przyjęcia bardziej korzystnej dla ofiar dyskryminacji definicji dyskryminacji pośredniej, np. do określenia w łagodniejszy sposób wymogów dotyczących niekorzystnego wpływu, czy też przeciwnie

---

[265] G. Quinn, *Disability Discrimination Law in the EU*, [w:] *Equality Law in an Enlarged European Union. Understanding the Article 13 Directives*, H. Meenan (red.), Cambridge 2007, s. 261.

[266] R. Whittle, *The Framework Directive for Equal Treatment in Employment and Occupation: an Analysis from Disability Rights Perspective*, „European Law Review" 2002, t. 27, nr 3, s. 311.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

w bardziej surowy warunków w odniesieniu do obu podstaw uzasadnienia. Regulacje krajowe nie mogą natomiast pozostawać w sprzeczności z tymi minimalnymi postanowieniami dyrektywy, np. przewidywać, że osoba danej religii lub przekonań, wieku, niepełnosprawności lub orientacji seksualnej musi faktycznie pozostawać w szczególnie niekorzystnej sytuacji w porównaniu do innych osób.

3.4. Zmiana definicji dyskryminacji pośredniej ze względu na płeć – regulacje dyrektyw 2002/73, 2004/113 i 2006/54

W 2000 roku Komisja Europejska wystąpiła z propozycją zmiany dyrektywy Rady 76/207/EWG w sprawie wprowadzenia w życie zasady równego traktowania mężczyzn i kobiet w zakresie dostępu do zatrudnienia, kształcenia i awansu zawodowego oraz warunków pracy[267]. W zmienionym art. 2 ust. 1 tej dyrektywy wskazano, że:

> pośrednia dyskryminacja [...] ma miejsce wtedy, gdy pozornie neutralny przepis, kryterium lub praktyka pogarsza sytuację znacznie większej części przedstawicieli jednej płci, chyba że przepis ten, kryterium lub praktyka są właściwe i niezbędne oraz mogą być usprawiedliwione obiektywnymi czynnikami niezwiązanymi z płcią.

W uzasadnieniu swojej propozycji Komisja wskazywała na to, że przepis ten zawiera definicję zgodną zarówno z dyrektywą 97/80, jak i proponowanymi aktami prawnymi przyjętymi na podstawie art. 13 TWE w celu zwalczania dyskryminacji w zatrudnieniu na podstawie innych kryteriów niż płeć[268]. Trudno się jednak zgodzić z tym stanowiskiem, bowiem tak naprawdę stanowiła ona powtórzenie ujęcia występującego w dyrektywie 97/80, natomiast różniła się od rozwiązań zaproponowanych i ostatecznie przyjętych w dyrektywach 2000/43

[267] COM (2000) 334 final. Tekst dostępny na stronie: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2000:0334:FIN:EN:PDF (data dostępu: 25.01.2012)

[268] Ibidem, s. 10.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

i 2000/78. Nic więc dziwnego, że w toku dalszych prac legislacyjnych nad projektem została ona zmieniona w celu zapewnienia spójności definicji dyskryminacji pośredniej ze względu na poszczególne kryteria, do których odwoływał się art. 13 TWE (obecnie art. 19 TFUE).

W rezultacie dyrektywa 2002/73/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 września 2002 r. zmieniająca dyrektywę Rady 76/207/EWG w sprawie wprowadzenia w życie zasady równego traktowania mężczyzn i kobiet w zakresie dostępu do zatrudnienia, kształcenia i awansu zawodowego oraz warunków pracy[269] w art. 2 ust. 2 wprowadziła następującą definicję dyskryminacji pośredniej:

> sytuacja, w której z pozoru neutralny przepis, kryterium lub praktyka stawiałaby osoby danej płci w szczególnie niekorzystnym położeniu w porównaniu do osób innej płci, chyba że dany przepis, kryterium lub praktyka są obiektywnie uzasadnione zgodnym z prawem celem, a środki osiągania tego celu są właściwe i niezbędne[270].

Należy zatem stwierdzić, że w sferze zatrudnienia wprowadzono taką samą definicję dyskryminacji pośredniej ze względu na płeć, jaka została wcześniej przewidziana w dyrektywach 2000/43 i 2000/78. Odnosi się ona bowiem zarówno do regulacji krajowych, jak i kryteriów oraz praktyk, nie wymaga, aby niekorzystne położenie wystąpiło w praktyce, ale wystarczy, by istniała taka możliwość (świadczy o tym użycie trybu przypuszczającego „stawiałaby"), ma ono mieć jednak „szczególnie niekorzystny" charakter. Wreszcie nie trzeba uwzględniać całkowitej liczby osób danej płci dotkniętych dyskryminacją pośrednią, co osłabia znaczenie statystyk w ramach prowadzonego postępowania dowodowego, jednak ich całkowicie nie eliminuje[271]. Ponadto

---

[269] Dz. Urz. L 269 z 5.10.2002, s. 15–20.

[270] „Właściwe i niezbędne", czyli inaczej odpowiednie i konieczne. Różnica wynika jedynie z tłumaczenia na język polski, bowiem np. w wersji anglojęzycznej we wszystkich trzech dyrektywach mamy do czynienia z tą samą terminologią: ang. *appropriate and necessary*.

[271] Ustęp 10 preambuły dyrektywy 2002/73 zawiera bowiem regulację analogiczną do tych, jakie znalazły się w preambułach dyrektyw 2000/43 i 2000/78. Przewidzia-

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

pośrednio dyskryminujące przepisy, kryteria czy praktyki mogą zostać uzasadnione zgodnym z prawem celem, co stwarza większe gwarancje praworządności. Wyraźnie wskazano również, że środki służące do jego osiągnięcia muszą być zgodne z zasadą proporcjonalności. Podobnie, jak w przypadku dyrektyw 2000/43 i 2000/78 przewidziano również, że omawiany akt prawny ma charakter minimalny – zgodnie z art. 8e zmienionej dyrektywy 76/207 państwa członkowskie mogły przyjmować lub utrzymywać przepisy bardziej korzystne dla zasady równego traktowania, co należy odnieść również do definicji dyskryminacji pośredniej.

W rezultacie przez pewien okres w obszarze związanym z dyskryminacją ze względu na płeć występowały dwie różne definicje – jedna przewidziana w dyrektywie 97/80 i druga wynikająca z dyrektywy 2002/73. Ponadto w pewnych obszarach, jak np. związanych ze sferą zabezpieczenia społecznego, należało stosować ujęcie występujące w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości, które, jak już wskazywano, w pewnych aspektach różniło się od rozwiązań przyjętych w obu aktach prawnych. Można zatem było mówić o istnieniu trzech różnych definicji dyskryminacji pośredniej ze względu na płeć[272]. Nie sprzyjało to pewności prawa i wywoływało trudności w praktyce, w związku z tym Komisja Europejska podjęła prace legislacyjne z jednej strony, nad uproszczeniem i zmianą dotychczasowego prawodawstwa wspólnotowego (obecnie unijnego) dotyczącego równego traktowania mężczyzn i kobiet, a z drugiej strony, nad jego rozszerzeniem na sferę dostępu do towarów i usług.

Jako pierwszy został przyjęty akt prawny dotyczący drugiego ze wskazanych zagadnień, czyli dyrektywa Rady 2004/113 z 13 grudnia 2004 r. wprowadzająca w życie zasadę równego traktowania mężczyzn i kobiet w zakresie dostępu do towarów i usług oraz dostarczania to-

no zatem, że: „ocena stanu faktycznego, z której można wnioskować, że doszło do bezpośredniej lub pośredniej dyskryminacji, należy do kompetencji krajowych organów sądowych lub innych właściwych organów, zgodnie z zasadami prawa krajowego lub praktyki. Zasady takie mogą przewidywać w szczególności ustalanie dyskryminacji pośredniej wszelkimi środkami, w tym na podstawie danych statystycznych".

[272] Słusznie zwraca na to uwagę Ch. Tobler, *Indirect Discrimination...*, s. 299.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

warów i usług[273]. W jej art. 2 pkt b przewidziano taką samą definicję dyskryminacji pośredniej, jaka występowała w dyrektywie 2002/73:

> sytuacja, gdy z pozoru neutralny przepis, kryterium lub praktyka stawiałyby osoby danej płci w szczególnie niekorzystnym położeniu w porównaniu do osób innej płci, chyba że dany przepis, kryterium lub praktyka są obiektywnie uzasadnione zgodnym z prawem celem, a środki służące osiąganiu tego celu są właściwe i niezbędne.

Z kolei uproszczenie i zmiana dotychczasowego prawodawstwa wspólnotowego (obecnie unijnego) dotyczącego równego traktowania mężczyzn i kobiet nastąpiły w dyrektywie 2006/54 z 5 lipca 2006 roku w sprawie wprowadzenia w życie zasady równości szans oraz równego traktowania kobiet i mężczyzn w dziedzinie zatrudnienia i pracy (wersja przeredagowana)[274]. W jej art. 2 ust. 1 pkt b przyjęto definicję dyskryminacji pośredniej w takim samym brzmieniu, jak w dyrektywach 2002/73 oraz 2004/ 113:

> sytuacja, w której z pozoru neutralny przepis, kryterium lub praktyka stawiałaby osoby danej płci w szczególnie niekorzystnym położeniu w porównaniu do osób innej płci, chyba że dany przepis, kryterium lub praktyka są obiektywnie uzasadnione zgodnym z prawem celem, a środki osiągnięcia tego celu są właściwe i niezbędne.

W związku z tym, że dyrektywa 2006/54 uchyliła dyrektywę 97/80 (ze skutkiem od 15.08.2009 r.) w obecnym stanie prawnym mamy do czynienia z jedną definicją legalną dyskryminacji pośredniej ze względu na płeć. Nadal jednak w sferach nieobjętych omawianym aktem

---

[273] Dz. Urz. L 373 z 21.12.2004, s. 37–43.

[274] Dz. Urz. L 204 z 26.07.2006, s. 23–36. Uchyliła ona: dyrektywę Rady 75/117 (Dz. Urz. L 45 z 19.02.1975, s. 19), dyrektywę Rady 76/207 (Dz. Urz. L 39 z 14.02.1976, s. 40), dyrektywę 2002/73 Parlamentu Europejskiego i Rady (Dz. Urz. L 269 z 5.10.2002, s. 15), dyrektywę Rady 86/378 (Dz. Urz. L 225 z 12.08.1986, s. 40), dyrektywę Rady 96/97 (Dz. Urz. L 46 z 17.02.1997, s. 20), dyrektywę Rady 97/80 (Dz. Urz. L 14 z 20.01.1998, s. 6), dyrektywę Rady 98/52 (Dz. Urz. L 205 z 22.07.1998, s. 66).

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

prawnym, a zwłaszcza w zakresie zabezpieczenia społecznego uregulowanego w dyrektywie 79/7, aktualne pozostaje ujęcie występujące do tej pory w orzecznictwie[275].

3.5. Ocena rozwiązań prawnych przyjmowanych w kolejnych aktach prawa wtórnego

Na wstępie należy zauważyć, że w przypadku definicji legalnych dyskryminacji pośredniej możemy mówić o ich pierwszej generacji, którą reprezentuje przede wszystkim regulacja zawarta w dyrektywie 97/80, oraz o drugiej generacji, czyli rozwiązaniach przyjętych w dyrektywach 2000/43 i 2000/78, a następnie zaadoptowanych w dyrektywach 2002/73, 2004/113 oraz 2006/54. Pierwsza definicja w większej mierze bazowała na orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości dotyczącym dyskryminacji pośredniej ze względu na płeć, a zatem przede wszystkim utrzymywała wymóg wykazania, że negatywny wpływ na grupę osób danej płci ma wystąpić w praktyce, a więc mieć charakter rzeczywisty, a nie tylko potencjalny. Ponadto trzeba było dowieść, że w niekorzystnej sytuacji znajduje się znacznie większa część przedstawicieli jednej płci, czyli utrzymano konieczność posługiwania się danymi statystycznymi. Kolejne definicje bazowały natomiast na orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości dotyczącym dyskryminacji pośredniej ze względu na przynależność państwową (zwłaszcza na formule określonej w wyroku *O'Flynn*).

W rezultacie wyeliminowano główne niedogodności związane z wykazywaniem zarówno rzeczywistego charakteru niekorzystnego wpływu przepisu, kryterium lub praktyki, jak i wywoływania przez nie negatywnych skutków dla znacznie większej części przedstawicieli określonej grupy osób, tj. danego pochodzenia rasowego lub

[275] Oznacza to, że unormowania krajowe stanowią przejaw dyskryminacji pośredniej w rozumieniu art. 4 ust. 1 dyrektywy 79/7, jeżeli pomimo neutralnych sformułowań faktycznie stawiają w mniej korzystnej sytuacji znacznie wyższy odsetek osób jednej płci, chyba że odmienne traktowanie jest uzasadnione czynnikami obiektywnymi, niezwiązanymi w żaden sposób z dyskryminacją ze względu na płeć.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

etnicznego, płci, religii lub przekonań, wieku, niepełnosprawności lub orientacji seksualnej. Można więc stwierdzić, że dzięki przyjęciu dyrektyw 2000/43 i 2000/78 definicja oparta na formule występującej w orzecznictwie, które dotyczyło dyskryminacji pośredniej ze względu na przynależność państwową, mogła zostać następnie recypowana na grunt regulacji dotyczących równego traktowania mężczyzn i kobiet. To, do czego nie wydawał się być przekonany sam Trybunał Sprawiedliwości, nastąpiło w prawodawstwie wspólnotowym (obecnie unijnym), a głównym powodem było zachowanie spójności między przepisami dyrektyw przyjmowanych na podstawie ówczesnego art. 13 TWE (obecnie art. 19 TFUE) a postanowieniami odnoszącymi się do równości płci. Czy w aktualnym stanie prawnym mamy jednak do czynienia z całkowitą spójnością, jeśli chodzi o definicje dyskryminacji pośredniej na podstawie różnych kryteriów? W tym względzie należy zauważyć, że zarówno dyskryminacja pośrednia ze względu na przynależność państwową, jak i na płeć w sferze zabezpieczenia społecznego nadal opierają się na orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości. Oznacza to, że spójność nie została w pełni osiągnięta, co może wywoływać problemy zwłaszcza w drugim ze wskazanych obszarów, gdzie stosowane jest inne podejście oparte na rzeczywistym niekorzystnym wpływie na znacznie większą część przedstawicieli jednej płci. Stąd też w doktrynie zgłaszane są postulaty *de lege ferenda* przyjęcia jednej ogólnej definicji dyskryminacji pośredniej i umieszczenia jej w Traktacie w ramach regulacji odnoszących się do równości[276].

Oceniając regulacje omówionych wyżej dyrektyw, trzeba też zwrócić uwagę na to, że w porównaniu z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości mamy do czynienia z większą precyzją ujęcia dwóch podstawowych elementów dyskryminacji pośredniej. Wprawdzie zwroty takie, jak: „szczególnie niekorzystne położenie" czy „obiektywnie uzasadnione zgodnym z prawem celem" nie są do końca jasne i będą wymagać interpretacji orzeczniczej, niemniej jednak omawiana koncepcja nie może być ujęta w ścisłe ramy prawne, ale powinna pozostać do pewnego stopnia elastyczna. Za pewien mankament można

[276] Tak zwłaszcza Ch. Tobler, *Indirect Discrimination...*, s. 304.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

jednak uznać to, że w ramach drugiego z elementów tj. obiektywnego uzasadnienia nie odniesiono się do proporcjonalności *sensu stricto*, a zatem nie przewidziano wprost, że przy jego ocenie należy dokonać rzeczywistego wyważenia owego zgodnego z prawem celu, czyli korzyści, z negatywnego skutkiem dla ofiary dyskryminacji pośredniej, czyli poniesionymi przez nią kosztami[277]. Temu aspektowi Trybunał Sprawiedliwości poświęca niekiedy zbyt mało uwagi, tymczasem ma on duże znaczenie praktyczne i powinien zostać wyraźnie uwzględniony w definicji.

Mimo tych wskazanych mankamentów, należy stwierdzić, że przyjęte definicje legalne stanowią dalszy postęp w rozwoju dyskryminacji pośredniej w porównaniu z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości. Pomogły bowiem osiągnąć większą spójność (z podanymi wyżej wyjątkami) oraz doprecyzowały główne elementy omawianej koncepcji. Ponadto stworzyły możliwość powołania się na nią zarówno wówczas, gdy przepis, kryterium lub praktyka rzeczywiście stawia przedstawicieli określonej grupy w szczególnie niekorzystnym położeniu, jak również, gdy jest w stanie to uczynić. Wreszcie definicje przyjęte w dyrektywach osłabiły rolę statystyk w związku z odrzuceniem wymogu wykazania niekorzystnego wpływu na znacznie większą liczbę osób danego pochodzenia rasowego lub etnicznego, płci, religii lub przekonań, wieku, niepełnosprawności lub orientacji seksualnej. Te zmiany mogą poprawić skuteczność dochodzenia roszczeń opartych na dyskryminacji pośredniej, choć oczywiście wiele zależy od tego, jak postanowienia dyrektyw i implementujących je regulacji krajowych będą interpretowane przez sądy.

---

[277] Ibidem, s. 301.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

Rozdział III

Istota dyskryminacji pośredniej i jej relacje ze zbliżonymi koncepcjami prawnymi

1. Elementy występujące w ramach koncepcji dyskryminacji pośredniej

1.1. Oparcie na pozornie neutralnym kryterium

Zanim przejdziemy do szczegółowej charakterystyki elementów dyskryminacji pośredniej w oparciu o orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości oraz przedstawione w poprzednim rozdziale regulacje prawa wtórnego, należy doprecyzować, na czym polega „pośredniość" w dyskryminowaniu. Omawiana koncepcja obejmuje działania na podstawie motywu *a priori* neutralnego (dyskryminacja pojmowana jako działanie), które wywołują taki sam efekt, jak działania na podstawie zabronionego kryterium, tj. rzeczywistą dysproporcję na niekorzyść danej grupy chronionej, np. kobiet (dyskryminacja pojmowana jako efekt)[1]. Kluczowe znaczenie ma zatem odwołanie się do neutralnego kryterium, np. miejsca zamieszkania

[1] I. Boruta, *Dyskryminacja pośrednia w pracy ze względu na płeć*, „Studia Prawno-Europejskie", M. Seweryński (red.), Łódź 1996, s. 103.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

czy czasu pracy, co jednak w praktyce prowadzi do dyskryminacyjnych skutków.

Nie muszą być one przy tym zamierzone przez podmiot powołujący się na to kryterium. W doktrynie podkreśla się, że brak konieczności wykazywania zamiaru wywołania dyskryminacyjnych skutków stanowi jedną z podstawowych zalet dyskryminacji pośredniej i ułatwia dochodzenie związanych z nią roszczeń[2]. W jej konstrukcji zakłada się zatem, iż tym, co przesądzi o pozorności motywu działania, jest zaistnienie rzeczywistej dysproporcji na niekorzyść grupy chronionej, przy jednoczesnej niemożności wykazania, że jest ona obiektywnie uzasadniona jednym z prawnie uznanych celów[3]. Decydujące znaczenie ma zatem nie zamiar, czy szerzej przyczyna podjęcia danego środka, ale jego skutek.

Ogólnie należy zatem stwierdzić, iż: a) dyskryminacja pośrednia dotyczy traktowania, które różnicuje dwie grupy osób lub sytuacje; b) kryterium różnicowania nie jest formalnie zakazane przez obowiązujące regulacje prawne; c) ma ono jednak tylko formalnie neutralny charakter, bowiem w praktyce wywołuje skutki podobne do wyraźnie zakazanego kryterium[4]. Zgodnie z omówionymi w poprzednim rozdziale definicjami dyskryminacji pośredniej nie ma znaczenia, jak działa ów system zróżnicowania – może on wynikać z przepisu, kryterium lub praktyki. Omawiana koncepcja znajdzie zatem zastosowanie w ramach różnych środków zarówno bardziej sformalizowanych, przyjmujących postać regulacji prawnych, jak i zachowań faktycznych (praktyk i opinii). Ich wspólną cechą jest to, że nie odwołują się one do podstaw różnicowania zakazanych przez prawo, ale takich które mają formalnie neutralny charakter.

Na podstawie orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości oraz praktyki funkcjonowania rynku pracy można podać przykłady takich pozornie neutralnych kryteriów. W przypadku **dyskryminacji pośredniej ze względu na przynależność państwową** są to m.in.:

---

[2] Por. szerzej Ch. Tobler, *Indirect Discrimination: A Case Study into the Development of the Legal Concept of Indirect Discrimination under EC Law*, Antwerpia–Oxford 2005, s. 235 i cyt. tam literaturę przedmiotu.

[3] I. Boruta, op. cit., s. 103.

[4] Tak słusznie Ch. Tobler, *Indirect Discrimination…*, s. 217.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

– miejsce zamieszkania[5],
– obywatelstwo dzieci jako warunek uzyskania świadczenia przez ich matkę[6],
– uzależnienie zawarcia umów z państwem od posiadania przez przedsiębiorstwo udziałów należących do własności publicznej lub do państwa[7],
– nieuwzględnienie na etapie rekrutacji okresów zatrudnienia w innym państwie członkowskim[8].

Z kolei w odniesieniu do **dyskryminacji pośredniej ze względu na płeć** można wskazać np. na:

– wszelkie mniej korzystne regulacje dla osób zatrudnionych w niepełnym wymiarze czasu pracy, jeśli zdecydowaną większość spośród nich stanowią kobiety[9];
– odniesienie się do stanu cywilnego lub sytuacji rodzinnej, jeśli zostanie ustalone, że ma to niekorzystny wpływ na kobiety[10];

---

[5] Jest to jedno z częściej występujących w orzecznictwie kryteriów. Por. np. wyrok z 12 lutego 1974 w sprawie Giovanni Maria Sotgiu v. Deutsche Bundespost, 152/73, ECR 1974, s. 153; wyrok z 8 maja 1990 roku w sprawie Klaus Biehl v. Administration des contributions du grand-duché de Luxembourg, C-175/88, ECR 1990, s. I–1779; wyrok z 14 lutego 1995 roku w sprawie Finanzamt Köln–Altstadt v. Roland Schumacker, C-279/93, ECR 1995, s. I–225; wyrok z 23 marca 2004 roku w sprawie Brian Francis Collins v. Secretary of State for Work and Pensions, C-138/02, ECR 2004, s. I–2703.

[6] Wyrok z 12 lipca 1979 roku w sprawie Caisse régionale d'assurance maladie de Lille (CRAM) v. Diamante Palermo, née Toia, 237/78, ECR 1979, s. 2645.

[7] Wyrok z 5 grudnia 1989 roku w sprawie Komisja WE v. Republika Włoska, 3/88, ECR 1989, s. 4035.

[8] Wyrok z 28 lutego 1994 roku w sprawie Scholz v. Opera Universitaria di Cagliari and Cinzia Porcedda, C-419/92, ECR 1994, s. I–505.

[9] Wiele wyroków Trybunału odnosiło się do tego zagadnienia. Por. m.in. wyrok z 31 marca 1981 roku w sprawie J.P. Jenkins v. Kingsgate (Clothing Productions) Ltd., 96/80, ECR 1981, s. 911; wyrok z 13 maja 1986 roku w sprawie Bilka-Kaufhaus GmbH v. Karin Weber von Hartz, 170/84, ECR 1986, s. 1607; wyrok z 13 lipca 1989 roku w sprawie Rinner-Kühn v. FWW Spezial-Gebäudereinigung GmbH & Co. KG., 171/88, ECR 1989, s. 2743; wyrok z 27 czerwca 1990 roku w sprawie Maria Kowalska v. Freie und Hansestadt Hamburg, C-33/89, ECR 1990, s. I–2591; wyrok z 30 listopada 1993 roku w sprawie Petra Kirsammer-Hack v. Nurhan Sidal, C-189/91, ECR 1993, s. I–6185.

[10] Wyrok z 11 czerwca 1987 roku w sprawie J. W. Teuling v. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Chemische Industrie, 30/85, ECR 1987, s. 2497.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

– warunki odnoszące się do siły fizycznej[11];
– wymogi mobilności i elastyczności w zakresie wykonywanego zawodu[12];
– ograniczenia wiekowe przy zajmowaniu pewnych stanowisk (w związku z tym, że wiele kobiet mając dwadzieścia, trzydzieści lat jest zaangażowanych w wychowanie dzieci i może nie sprostać temu wymogowi)[13].

W przypadku **dyskryminacji opartej na wieku** będzie to m.in. wymóg wieloletniego doświadczenia na takim stanowisku pracy, które tego nie wymaga, w **odniesieniu do orientacji seksualnej** warunek pozostawania w związku małżeńskim lub odnoszący się do odpowiedniego stroju w pracy (ang. *dress code*) itd. Takie przykłady można by mnożyć, bowiem potencjalnie jest bardzo wiele regulacji, kryteriów czy praktyk, które formalnie mają neutralny charakter, ale w praktyce mogą wywołać dyskryminacyjny skutek, nawet jeśli jest on niezamierzony przez ich autora. W przypadku dyskryminacji pośredniej istotne znaczenie ma jednak również ocena, czy rzeczywiście mamy do czynienia z takim niekorzystnym skutkiem dla danej grupy osób chronionej przez regulacje antydyskryminacyjne.

1.2. Negatywny wpływ środka na grupę chronioną

1.2.1. Wprowadzenie

Jak wynika z rozważań zawartych w poprzednim rozdziale, Trybunał Sprawiedliwości oceniając negatywny wpływ środka na daną grupę osób stosował inny standard oceny w zależności od tego, czy chodziło

[11] Wyrok z 1 lipca 1986 roku w sprawie Gisela Rummler v. Dato-Druck GmbH, 237/85, ECR 1986, s. 2101.

[12] Wyrok z 17 października 1989 roku w sprawie Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark v. Dansk Arbejdsgiverforening (Danfoss), 109/88, ECR 1989, s. 3199.

[13] Por. szerzej S. Prechal, *Combating Indirect Discrimination In Community Law Context*, „Legal Issues of European Integration" 1993, t. 20, nr 1, s. 84–85.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

o dyskryminację pośrednią ze względu na przynależność państwową, czy też na płeć. Jeśli chodzi o zakres niekorzystnego wpływu regulacji, praktyki czy kryterium w pierwszym przypadku wystarczyło, aby mogły one „wpłynąć na pracowników migrujących w większym stopniu niż na pracowników krajowych i gdy w rezultacie istnieje ryzyko postawienia tych pierwszych w szczególnie niekorzystnej sytuacji”[14], natomiast w drugim Trybunał wymagał, aby w praktyce dotknęły one znacznie większą proporcję (wyższy odsetek) osób danej płci, co należało wykazywać w oparciu o stosowne statystyki[15]. W dyrektywach 2000/43, 2000/78, 2004/113 oraz 2006/54 przewidziano natomiast, że dyskryminacja pośrednia występuje w przypadku, gdy pozornie neutralny przepis, kryterium lub praktyka może doprowadzić do szczególnie niekorzystnej sytuacji (położenia) osób należących do grupy chronionej, a zatem danego pochodzenia rasowego lub etnicznego, religii lub przekonań, niepełnosprawności, wieku, orientacji seksualnej lub płci, w porównaniu do innych osób. Widać zatem, że akcent został położony nie na liczbę osób dotkniętych przez środek, na co zwracał uwagę Trybunał w orzecznictwie dotyczącym równego traktowania mężczyzn i kobiet[16], ale na zakres niekorzystnego wpływu, czy inaczej stopień dotkliwości zastosowanego środka. Jak wskazano

---

[14] Wyrok z 23 maja 1996 roku w sprawie John O’ Flynn v. Adjudication Officer, C-237/94, ECR 1996, s. I–2617.

[15] Por. wyrok z 9 lutego 1999 roku w sprawie Regina v. Secretary of State for Employment, ex parte Nicole Seymour-Smith i Laura Perez, C-167/97, ECR 1999, s. I–623. Por. też wyrok z 6 kwietnia 2000 roku w sprawie Birgitte Jørgensen v. Foreningen af Speciallæger, Sygesikringens Forhandlingsudvalg, C-226/98, ECR 2000, s. I–2447, w którym Trybunał podkreślił, że dla stwierdzenia, czy występuje dyskryminacja pośrednia ze względu na płeć w rozstrzyganej sprawie sąd krajowy powinien ocenić, czy stosowane kryteria mają wpływ na znaczącą liczbę osób danej kategorii.

[16] Jak trafnie wskazuje rzecznik generalna Verica Trseniak w opinii z 16 czerwca 2011 roku w sprawie Waltraud Brachner v. Pensionsversicherungsanstalt. C-123/10, pkt 66 (niepubl. dostępna na stronie curia.europa.eu): „Trybunał dla stwierdzenia istotnego nierównego traktowania wymaga, aby został przekroczony określony próg ilościowy, co ma miejsce w przypadku, kiedy ‘znacznie większa liczba’ lub ‘w rzeczywistości procentowo znacznie więcej’ osób jednej płci jest traktowanych mniej korzystnie niż osoby drugiej płci”.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

już w poprzednim rozdziale, test stosowany w orzecznictwie zachowa swoją aktualność w odniesieniu do spraw dotyczących dyskryminacji pośredniej ze względu na płeć w zakresie zabezpieczenia społecznego. Natomiast w innych obszarach Trybunał powinien stosować regulacje przewidziane we wskazanych dyrektywach (podobnie odnosząc się do dyskryminacji pośredniej ze względu na takie kryteria, jak pochodzenie rasowe lub etniczne, religia lub przekonania, niepełnosprawność, wiek lub orientacja seksualna). Z nich zaś wynika wyraźnie, że problem proporcji, w jakiej dane postanowienie, kryterium lub praktyka ma dotykać osoby chronione, traci na znaczeniu, a tym samym nie jest konieczne wykazywanie różnicy w traktowaniu popartej wyliczeniami o charakterze statystystycznym, choć oczywiście nie jest to wykluczone, co potwierdzają także postanowienia zawarte w preambułach dyrektyw 2000/43, 2000/78, 2006/54[17].

Ocena, czy konkretna osoba mogłaby się znaleźć lub znajduje się w szczególnie niekorzystnej sytuacji w stosunku do innych osób, zakłada jednak przeprowadzenie porównania w obrębie określonej kategorii, np. danej płci, rasy lub pochodzenia etnicznego, religii lub przekonań itd.[18] Wiąże się to z tym, że aby wykazać zróżnicowany wpływ danego przepisu, kryterium lub praktyki na grupę chronioną trzeba zbadać również, czy i w jaki sposób dotyka on pozostałe osoby. Można by zatem mówić nie tyle o porównaniu wyjściowej sytuacji, w jakiej znajdują się dwa podmioty, ale skutków, jakie wywiera na nie dany środek. Ocena, czy miała miejsce dyskryminacja pośrednia, wymaga bowiem ustalenia nie zróżnicowanego traktowania, ale właśnie zróżnicowanego wpływu. Należy zatem przyjąć, że porównywalność jest istotnym elementem obu form dyskryminacji – bezpośredniej i pośredniej. Choć w doktrynie nie ma całkowitej jednolitości poglądów

[17] Por. szerzej M. Wandzel, *Czy można usprawiedliwić dyskryminację pośrednią? Sposoby weryfikacji zarzutu dyskryminacji pośredniej w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w Luksemburgu*, „Studia z Zakresu Prawa Pracy" 2001/2002, s. 241.

[18] J. Maliszewska-Nienartowicz, *Dyskryminacja pośrednia w prawie Unii Europejskiej: rozwój i istota koncepcji*, „Gdańskie Studia Prawnicze" 2011, t. XXV, s. 275.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

w tym zakresie[19], to jednak takie stanowisko potwierdzają zarówno opinie rzeczników generalnych, jak i orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości (patrz niżej). Warto przy tym zauważyć, że w niektórych sprawach, np. dotyczących równego wynagrodzenia za pracę tej samej wartości, zagadnienie porównywalności odgrywa szczególną rolę, podczas gdy w innych nie wydaje się mieć aż tak istotnego znaczenia. W związku z tym, że ocena negatywnego wpływu danego środka przebiega w sposób zróżnicowany w zależności od kategorii spraw, zostaną one osobno omówione w kolejnych punktach tego podrozdziału.

1.2.2. Sprawy dotyczące dyskryminacji pośredniej ze względu na przynależność państwową

Jak wskazano w poprzednich rozdziałach pracy, definicje dyskryminacji pośredniej zawarte w dyrektywach 2000/43, 2000/78, 2004/113 oraz 2006/54 były generalnie wzorowane na formule wypracowanej w orzecznictwie dotyczącym dyskryminacji pośredniej ze względu na przynależność państwową. Warto jednak zauważyć, że w cytowanym już wielokrotnie wyroku z 23 maja 1996 roku w sprawie John O'Flynn v. Adjudication Office[20] Trybunał, powołując się na swoje wcześniejsze rozstrzygnięcia, w istocie odniósł się do różnych elementów podlegających ocenie w tym zakresie. Nie chodziło jedynie o stwierdzenie, czy zdecydowaną większość osób, na które wpływa warunek, stanowią pracownicy migrujący, ale alternatywnie można było wykazać, że zostanie on znacznie łatwiej spełniony przez pracowników krajowych niż migrujących, lub że działa na niekorzyść pracowników migrujących. Trybunał podkreślił przy tym, że nie jest konieczne ustalenie, iż dany przepis dotyka w praktyce znacznie większego odsetka pra-

[19] Por. choćby Ch. Tobler, K. Waaldijk, *Case C-267/06,Tadao Maruko v. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen, Judgment of the Grand Chamber of the Court of Justice of 1 April 2008*, „Common Market Law Review" 2009, t. 46, nr 2, s. 745, gdzie autorzy, komentując wyrok, prezentują odmienny pogląd co do tego, czy ustalenie występowania dyskryminacji pośredniej wymaga przeprowadzenia porównania.

[20] C-237/94, ECR 1996, s. I–2617.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

cowników migrujących – wystarczy stwierdzenie, że przepis ten może wywołać taki skutek[21].

Ocena dyskryminacyjnego skutku regulacji czy praktyk w tym obszarze ma zatem specyficzny charakter. Nie tylko bowiem Trybunał praktycznie nie odwołuje się do statystyk[22], ale również dość rzadko dokonuje oceny porównywalności sytuacji pracowników krajowych oraz migrujących. W niektórych sprawach po prostu stwierdza, że dane regulacje „wyraźnie (ang. *manifestly*) działają na szkodę pracowników migrujących"[23]. Takie podejście występuje zwłaszcza w sprawach, w których jako kryterium zróżnicowania stosowane jest miejsce zamieszkania. Na przykład, w wyroku z 7 maja 1998 roku w sprawie Clean Car Autoservice GesmbH v. Landeshauptmann von Wien[24] Trybunał stwierdził, iż może ono działać głównie na niekorzyść obywateli innych państw członkowskich, bowiem „nierezydenci to w większości przypadków cudzoziemcy". W innych rozstrzygnięciach zadowala się stwierdzeniem, że „pracownikom krajowym łatwiej sprostać wymogowi zamieszkania niż tym, którzy pochodzą z innych państw członkowskich"[25], czy też ogólnie wskazuje, np. że wymóg odnoszący się do

[21] Ibidem, pkt 21. Por. też m.in. wyrok z 28 kwietnia 2004 r. w sprawie Sakir Öztürk v. Pensionsversicherungsanstalt der Arbeiter, C–373/02, ECR 2004, s. I–3605, pkt 57, czy też wyrok z 18 stycznia 2007 roku w sprawie Aldo Celozzi v. Innungskrankenkasse Baden-Württemberg, C-332/05, ECR 2007, s. I–563, pkt 27.

[22] Wyjątek w tym względzie stanowi m.in. wyrok z 2 sierpnia 1993 roku w sprawach Pilar Allué i inni v. Università degli studi di Venezia and Università degli studi di Parma, sprawy połączone C-259/91, C-331/91 i C-332/91, ECR 1993, s. I–4309 czy wyrok z 20 listopada 1997 roku w sprawie David Petrie i inni v. Università degli studi di Verona i Camilla Bettoni, C-90/96, ECR 1997, s. I–6527, pkt 55.

[23] Tak m.in. w wyroku z 15 stycznia 1998 roku w sprawie Kalliope Schöning-Kougebetopoulou v. Freie und Hansestadt Hamburg, C-15/96, ECR 1998, s. I–47 oraz w wyroku z 12 marca 1998 roku w sprawie Komisja WE v. Republika Grecka, C-187/96, ECR 1998, s. I–1095.

[24] C-350/96, ECR 1998, s. I–2521. Podobnie w wyroku z 1 października 2009 roku w sprawie Arthur Gottwald v. Bezirkshauptmannschaft Bregenz, C-103/08, ECR 2009, s. I–9117, pkt 28, w którym Trybunał stwierdził, iż przepis oparty na kryterium miejsca zamieszkania lub pobytu „może być wymierzony głównie w obywateli innego państwa członkowskiego, ponieważ osoby niezamieszkałe na terytorium krajowym, tak jak i nieprzebywające tam na stałe są najczęściej cudzoziemcami".

[25] Por. pkt 46 wyroku z 27 listopada 1997 roku w sprawie H. Meints v. Minister

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

zamieszkiwania dzieci pracowników będących obywatelami innych państw członkowskich działa na ich szkodę, bowiem „z definicji pracownicy migrujący mieszkają w innym państwie, w którym co do zasady mieszkają także członkowie ich rodzin”[26].

Nieco inne podejście do kryterium miejsca zamieszkania występuje jednak w sprawach dotyczących dyskryminacji podatkowej. Wprawdzie początkowo Trybunał wskazywał jedynie, że „istnieje ryzyko, iż będzie ono działało na niekorzyść podatników”[27]. Jednakże z czasem zaczął w szerszym zakresie odnosić się do kwestii porównywalności rezydentów i nierezydentów, mając na uwadze to, że kryterium miejsca zamieszkania odgrywa szczególną rolę w międzynarodowym prawie podatkowym. W rezultacie przyjęta została powtarzana potem w wielu rozstrzygnięciach formuła, iż co do zasady rezydenci i nierezydenci nie znajdują się w porównywalnej sytuacji. Inaczej jest jednak w przypadku, gdy ci ostatni nie otrzymują znaczącego dochodu w państwie, w którym zamieszkują, główną zaś część swojego opodatkowanego dochodu uzyskują z pracy wykonywanej w państwie zatrudnienia, co skutkuje tym, że państwo, w którym mieszkają, nie jest w stanie przyznać im korzyści wynikających z uwzględnienia jego okoliczności rodzinnych i osobistych. W takiej

van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij, C-57/96, ECR 1997, s. I–6689 czy pkt. 39 wyroku z 24 września 1998 roku w sprawie Komisja WE v. Republika Francuska, C-35/97, ECR 1998, s. I–5325. Podobnie w wyroku z 10 września 2009 roku w sprawie Komisja WE v. RFN, C-269/07, ECR 2009, s. I–7811, w którym Trybunał uznał, że wymóg podlegania nieograniczonemu obowiązkowi podatkowemu równoważny jest wymogowi posiadania miejsca zamieszkania, a następnie stwierdził, że „pracownicy posiadający obywatelstwo niemieckie częściej spełniają wymóg podlegania nieograniczonemu obowiązkowi podatkowemu niż pracownicy przygraniczni, o których mowa”. W rezultacie uznał, że uzależnienie przyznania premii emerytalnej jako przywileju socjalnego od wymogu, by pracownik podlegał nieograniczonemu obowiązkowi podatkowemu w Niemczech, stanowi dyskryminację pośrednią w rozumieniu przepisów prawa UE.

[26] Pkt 24 wyroku z 8 czerwca 1999 roku w sprawie C.P.M. Meeusen v. Hoofddirectie van de Informatie Beheer Groep, C-337/97, ECR 1999, s. I–3289.

[27] Tak zwłaszcza w omówionym w poprzednim rozdziale wyroku z 8 maja 1990 roku w sprawie Klaus Biehl v. Administration des contributions du grand-duché de Luxembourg, C-175/88, ECR 1990, s. I–1779, pkt 14.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

sytuacji ma miejsce dyskryminacja, w związku z tym, że w żadnym z tych dwóch krajów członkowskich nie można przyznać nierezydentowi korzyści podatkowych[28]. Stwierdzenie asymilacji sytuacji rezydenta i nierezydenta mogło zatem mieć miejsce, jeżeli ten drugi osiągał większość, cały lub niemal cały dochód w państwie aktywności zawodowej, natomiast w państwie rezydencji nie miał wystarczającego dochodu, który pozwalałby na skorzystanie z ulg[29]. Na tej podstawie Trybunał w rozstrzygnięciach dotyczących krajowych regulacji podatkowych albo uwzględnia zarzuty o naruszeniu zakazu dyskryminacji[30], albo też je odrzuca[31]. Orzecznictwo to ma niewątpliwie charakter kompromisu pomiędzy tradycyjnymi zasadami międzynarodowego prawa podatkowego a wymogami rynku wewnętrznego, a w rezultacie tylko w pewnym zakresie pozwala zapobiegać dyskryminacji pośredniej nierezydentów, w przypadkach gdy rzeczywiście znajdują się w sytuacji analogicznej do rezydentów[32]. W każdym razie wykazuje ono istotne różnice w porównaniu z pozostałymi rozstrzygnięciami Trybunału dotyczącymi kryterium miejsca zamieszkania, które jest uznawane za klasyczny przykład pozornie neutralnego wymogu w sprawach dotyczących dyskryminacji pośredniej ze względu na przynależność państwową.

---

[28] Wyrok z 14 lutego 1995 roku w sprawie Finanzamt Köln–Altstadt v. Roland Schumacker, C-279/93, ECR 1995, s. I–225, pkt 36–38.

[29] Por. A. Zalasiński, *Zakaz dyskryminacji w sferze podatków bezpośrednich w prawie podatkowym Wspólnoty Europejskiej*, Warszawa 2006, s. 141–142.

[30] Por. m.in. wyrok z 11 sierpnia 1995 roku w sprawie G. H. E. J. Wielockx v. Inspecteur der Directe Belastingen,e C-80/94, ECR 1995, s. I–2493; wyrok z 1 lipca 2004 roku w sprawie Florian W. Wallentin v. Riksskatteverket, C-169/03, ECR 2004, s. I–6443; wyrok z 18 lipca 2007 roku w sprawie État du Grand–Duché de Luxembourg v. Hans Ulrich Lakebrink i Katrin Peters–Lakebrink, C-182/06, ECR 2007, s. I–6705, wyrok z 16 października 2008 roku w sprawie R.H.H. Renneberg v. Staatssecretaris van Financiën, C-27/06, ECR 2008, s. I–7735 czy wyrok z 18 marca 2010 roku w sprawie F. Gielen v. Staatssecretaris van Financiën, C-440/08, ECR 2010, s. I–2323.

[31] Por. m.in. wyrok z 14 września 1999 roku w sprawie Frans Gschwind v. Finanzamt Aachen-Außenstadt, C-391/97, ECR 1999, s. I–5451.

[32] Por. szerzej A. Zalasiński, op. cit., s. 145, który w związku z tym zauważa, że „absolutne wyeliminowanie dyskryminacji nierezydentów może przynieść jedynie interwencja prawodawcy unijnego i wprowadzenie opodatkowania *pro rata*".

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

Odnajdziemy jednak również takie orzeczenia, które nie dotyczyły wprawdzie regulacji podatkowych państw członkowskich, a mimo to Trybunał przeprowadzał dość szczegółową analizę porównywalności sytuacji pracowników krajowych oraz migrujących. Na przykład, w wyroku z 3 października 2000 roku w sprawie Angelo Ferlini v. Centre Hospitalier de Luxembourg (CHL)[33] badał najpierw, czy osoba, która, tak jak powód, nie jest objęta krajowym systemem zabezpieczenia społecznego w danym państwie członkowskim, znajduje się w innym położeniu, niż należące do niego osoby. Argumenty przedstawiane w tym względzie przez stronę pozwaną, wskazującą na nieporównywalność ich sytuacji nie zostały uwzględnione, bowiem, jak wskazał Trybunał, pan Ferlini nie domagał się pokrycia kosztów pobytu swojej żony w szpitalu z tego systemu zabezpieczeń społecznych, a jedynie stosowania niedyskryminacyjnych stawek za opiekę medyczną w CHL. W rezultacie stwierdził, że powód oraz członkowie jego rodziny, którzy są objęci systemem ubezpieczeń zdrowotnych właściwym dla urzędników unijnych (Joint Scheme), znajdują się w sytuacji porównywalnej do obywateli należących do krajowego systemu zabezpieczenia społecznego. Zdaniem Trybunału stosowanie przez CHL kryterium przynależności do tego systemu, od którego zależy wysokość opłat za usługi szpitalne i medyczne, prowadzi do:

> dyskryminacji pośredniej ze względu na przynależność państwową. Po pierwsze bowiem, zdecydowaną większość osób objętych Joint Scheme, a nie krajowym systemem zabezpieczeń społecznych [...] stanowią obywatele innych państw członkowskich. Po drugie, przytłaczająca większość obywateli mieszkających w Luksemburgu należy do krajowego systemu ubezpieczeń społecznych[34].

Jak widać, w tym wyroku decydujące znaczenie miało to, że zdecydowaną większość osób, na które wpływa warunek, stanowili urzędnicy unijni, czyli często obywatele innych państw członkow-

[33] C-411/98, ECR 2000, s. I–8081.
[34] Ibidem, pkt 58.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

skich. Wydaje się, że Trybunał odniósł się do tego aspektu dopiero po przeprowadzeniu porównania głównie z tego względu, że strona pozwana powołała się na nieporównywalność sytuacji powoda oraz osób należących do krajowego systemu ubezpieczeń społecznych. Nie brał jednak pod uwagę jakichkolwiek danych statystycznych, a jedynie ogólnie dostępne informacje na temat liczby osób nim objętych.

Na uwagę zasługuje również wyrok Trybunału z 21 września 2000 roku w sprawie Carl Borawitz v. Landesversicherungsanstalt Westfalen[35], w którym za pośrednio dyskryminujący został uznany przepis krajowy uzależniający wypłatę zaległych kwot renty od tego, czy miało to miejsce w Niemczech, czy za granicą[36]. Trybunał uznał, że takie postanowienie w szczególny sposób wpływa na obywateli innych państw członkowskich, ponieważ z natury rzeczy stanowią oni większą część odbiorców takich świadczeń realizowanych za granicą. Jego zdaniem:

> aby ustalić, czy ma miejsce dyskryminacja pośrednia, należy porównać proporcję obywateli i osób nie będących obywatelami Niemiec pośród odbiorców takich płatności w Niemczech z jednej strony, oraz w innych państwach członkowskich z drugiej strony. Skoro zwłaszcza w tej drugiej grupie mieszczą się obywatele innych państw członkowskich, którzy po zakończeniu życia zawodowego w Niemczech wracają do kraju swojego pochodzenia, albo którzy otrzymują emeryturę czy rentę jako byli pracownicy przygraniczni, proporcja obywateli innych państw członkowskich może być większa w drugiej ze wskazanych grup odbiorców płatności niż w pierwszej z nich[37].

Widać zatem wyraźnie, że przeprowadzenie porównania w tej sprawie służyło ochronie pracowników będących obywatelami innych

---

[35] C-124/99, ECR 2000, s. I–7293.

[36] Konkretnie przewidywał on, że wypłata zaległej renty nie będzie realizowana, w przypadku gdy jej suma nie przekracza jednej dziesiątej aktualnej kwoty renty, jeśli wypłata dokonuje się w Niemczech oraz trzech dziesiątych aktualnej kwoty renty, jeśli wypłata odbywa się za granicą.

[37] Por. pkt 30–31 omawianego wyroku.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

państw członkowskich, którzy po skończeniu swojej aktywności zawodowej wracają do kraju pochodzenia, oraz ochronie pracowników przygranicznych. Jak wskazywał bowiem rząd niemiecki, w praktyce takie płatności za granicą były często, a nawet w większości przypadków dokonywane na rzecz obywateli niemieckich. Tymczasem Trybunał oparł się na kryterium miejsca wypłaty świadczenia i z tego wyprowadził wnioski dla określenia dwóch porównywanych grup jego odbiorców. W tym przypadku uwzględniona została zatem nie tyle rzeczywista sytuacja, ale raczej zamiar zapewnienia szerokiej ochrony pracowników migrujących.

Warto bowiem zauważyć, iż w niektórych rozstrzygnięciach Trybunał nie odnosi się do „pracowników będący obywatelami innych państw członkowskich", ale właśnie do „pracowników migrujących", wśród których mogą mieścić się także obywatele państwa członkowskiego stosującego dyskryminacyjne regulacje. Na przykład, w wyroku z 28 lutego 1994 roku w sprawie Scholz v. Opera Universitaria di Cagliari and Cinzia Porcedda[38] fakt nieuwzględnienia zatrudnienia powódki w urzędzie publicznym innego państwa członkowskiego, w celu przyznania dodatkowych punktów w konkursie, został uznany za „nieuzasadnioną dyskryminację pośrednią", mimo że nabyła ona obywatelstwo włoskie poprzez małżeństwo. Trudno zatem było mówić o dyskryminacji pośredniej *stricte* ze względu na przynależność państwową. Podobnie w wyroku z 12 marca 1998 roku w sprawie Komisja WE v. Republika Grecka[39] Trybunał uznał za sprzeczne z prawem wspólnotowym (obecnie unijnym) krajowe regulacje lub praktyki administracyjne, które uniemożliwiają uwzględnienie okresów zatrudnienia w administracji publicznej innego państwa członkowskiego dla celów obliczenia stażu pracy i przyznania odpowiedniego wynagrodzenia. Taka regulacja działa bowiem na niekorzyść pracowników migrujących, którzy spędzili część życia zawodowego za granicą.

Należy zatem stwierdzić, że w sprawach dotyczących dyskryminacji pośredniej ze względu na przynależność państwową Trybunał

[38] C-419/92, ECR 1994, s. I–505.
[39] C-187/96, ECR 1998, s. I–1095.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

nie tylko dość elastycznie podchodzi do oceny negatywnego wpływu przepisu, kryterium lub praktyki, bowiem nie bierze pod uwagę danych statystycznych, a nawet w większości spraw nie przeprowadza porównań, ale również nie wymaga, aby dany środek faktycznie dotykał obywateli innych państw członkowskich. W orzecznictwie pojawia się w tym względzie pojęcie „pracowników migrujących", które swoim zakresem obejmuje także obywateli państwa stosującego pośrednio dyskryminujące regulacje lub praktyki. Można zatem odnieść wrażenie, że w niektórych sprawach Trybunał ocenia nie tyle dyskryminację pośrednią ze względu na przynależność państwową, co ze względu na naruszenie prawa do swobodnego przepływu osób w ramach Unii Europejskiej[40]. W rezultacie z czasem regulacje i praktyki krajowe zaczęły być oceniane nie tyle z punktu widzenia ich dyskryminacyjnego, co ograniczającego tę swobodę charakteru. W tych zaś rozstrzygnięciach, w których Trybunał odnosi się do ograniczeń swobód traktatowych, nie ma potrzeby badania, czy miała miejsce dyskryminacja, czy to bezpośrednia, czy też pośrednia. Można nawet stwierdzić, że koncepcja ograniczeń „idzie o jeszcze jeden krok" dalej, niż dyskryminacja pośrednia. O tym, jakie relacje zachodzą między nimi, będzie mowa w dalszej części rozdziału.

1.2.3. Sprawy dotyczące równego wynagrodzenia kobiet i mężczyzn za tę samą pracę

Z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości wynika jasno, że sprzeczne z zasadą równości wynagrodzeń jest nie tylko stosowanie przepisów, które zawierają bezpośrednią dyskryminację ze względu na płeć, lecz również takich, które utrzymują nierówne traktowanie pracowników płci męskiej i żeńskiej na podstawie innych kryteriów, o ile takiego nierównego traktowania nie można uzasadnić obiektywnymi czynnikami niezwiązanymi z jakąkolwiek dyskryminacją ze względu

[40] Zwraca na to uwagę A. Wengdahl, *Indirect Discrimination and the European Court of Justice*, „CFE Working Paper Series" 2001, s. 36, dostępne na: http://www.cfe.lu.se/upload/LUPDF/CentrumforEuropaforskning/cfewp15.pdf (data dostępu: 9.12.2011).

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

na płeć[41]. Dyskryminacja pośrednia wystąpi w przypadku, gdy istnieje różnica w wynagrodzeniu między dwiema porównywanymi grupami pracowników, a dostępne dane statystyczne wskazują, że w grupie osób poszkodowanych znacznie wyższy odsetek stanowią kobiety[42]. Z tego wynika, że w sprawach dotyczących równego wynagrodzenia szczególną rolę odgrywa porównywalność sytuacji zainteresowanych pracowników obu płci. Stanowi ona pierwszy krok, a zarazem zasadniczy element w ustalaniu ewentualnej dyskryminacji[43]. Stwierdzenie, czy mamy do czynienia z tą samą pracą/ pracą o równej wartości, pociąga bowiem za sobą konieczność jej porównania. To, w jaki sposób należy je przeprowadzić i jakie elementy brać pod uwagę w tym zakresie, wynika z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości.

Już w wyroku z 27 marca 1980 roku w sprawie Macarthys Ltd v. Wendy Smith[44] Trybunał rozważał m.in., czy zasada równości wynagrodzeń znajduje zastosowanie, w sytuacji gdy pracownica może wykazać, iż otrzymuje od swojego pracodawcy wynagrodzenie niższe, niż to, które otrzymywałaby za taką samą pracę, gdyby była mężczyzną. Doszedł tam do wniosku, że w przypadkach faktycznej dyskryminacji mieszczących się w zakresie bezpośredniego zastosowania art. 119 TEWG (obecnie art. 157 TFUE) porównania mogą być przeprowadzone jedynie na podstawie konkretnej oceny pracy rzeczywiście wykonywanej przez osoby różnej płci. Innymi słowy, nie można przeprowadzać porównania z hipotetyczną sytuacją płacową[45]. W oma-

[41] Por. m.in. wyrok z 13 maja 1986 roku w sprawie Bilka-Kaufhaus GmbH v. Karin Weber von Hartz, 170/84, ECR 1986, s. 1607, pkt 29 i 30; wyrok z 27 maja 2004 roku w sprawie Edeltraud Elsner-Lakeberg v. Land Nordrhein-Westfalen, C-285/02, ECR 2004, s. I–5861, pkt 12; wyrok z 6 grudnia 2007 roku w sprawie Ursula Voß v. Land Berlin, C-300/06, ECR 2007, s. I–10573.

[42] Por. wyrok z 30 marca 2000 roku w sprawie Jämställdhetsombudsmannen v. Örebro läns landsting, C-236/98, ECR 2000, s. I–2189.

[43] Patrz pkt 31 opinii rzecznika generalnego Nila Jääskinena z 15 grudnia 2011 r. w sprawie Clément Amédée v. Garde des Sceaux, Ministre de la Justice et des Libertés i Ministre du Budget, des Comptes publics, de la Fonction publique et de la Réforme de l'État, C–572/10, niepubl., dostępna na stronie curia.europa.eu.

[44] Sprawa 129/79, ECR 1980, s. 1275.

[45] Por. I. Boruta, *Równość kobiet i mężczyzn w pracy w świetle prawa Wspólnoty Europejskiej. Implikacje dla Polski*, Łódź 1996, s. 78.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

wianej sprawie Trybunał uznał jednak, że porównania są możliwe w przypadku, gdy pracownicy różnej płci wykonują tę samą pracę w różnym okresie czasu[46].

Początkowo przyjęte zostało zatem stanowisko, że zasada równości wynagrodzeń nie znajdzie zastosowania w przypadku, gdy ani obecnie, ani w przeszłości w danym przedsiębiorstwie nie są zatrudnieni pracownicy innej płci, którzy wykonują lub wykonywali podobną pracę. Wówczas bowiem nie da się zastosować podstawowego kryterium oceny, czy ma miejsce równe traktowanie w zakresie płacy, mianowicie: wykonywanie tej samej pracy i otrzymywanie za nią tej samej płacy[47]. Jednakże w przypadku, gdy źródłem dyskryminacji pośredniej w sferze wynagrodzenia jest ustawodawstwo krajowe, pracownik płci żeńskiej może powołać się jedynie na statystki dla wykazania, że w grupie osób poszkodowanych występuje znacznie wyższy procent kobiet niż mężczyzn[48]. Na przykład, jeśli pracodawca zatrudnia tylko takich pracowników, dla których normalny czas pracy nie przekracza 10 godzin tygodniowo lub 45 godzin miesięcznie, i niezależnie od płci nie wypłaca wynagrodzenia w przypadku choroby, ponieważ pozwala mu na to ustawodawstwo krajowe mające pośrednio dyskryminujący charakter, pracownicy płci żeńskiej mogą powołać się na przepis art. 141 TWE (obecnie art. 157 TFUE) przeciwko ich pracodawcy dla zapewnienia, że ten dyskryminacyjny warunek nie będzie znajdował zastosowania[49]. Co jeszcze istotniejsze, Trybunał wskazuje, że jeśli źródłem nierównego traktowania jest ustawodawstwo krajowe, zastosowanie zasady równości wynagrodzeń względem przedsiębiorstwa nie podlega warunkowi porównania danego pracownika z pracownikiem innej płci, który jest lub był zatrudniony przez tego samego pracodawcę i otrzymywał wyższą płacę za tę samą pracę lub

---

[46] Pkt 12–13 wyroku w sprawie 129/79.

[47] Por. szerzej wyrok z 28 września 1994 w sprawie Coloroll Pension Trustees Ltd v. James Richard Russell i inni, C-200/91, ECR 1994, s. I–4389

[48] Wniosek z pkt. 75 wyroku z 13 stycznia 2004 roku w sprawie Debra Allonby v. Accrington & Rossendale College, Education Lecturing Services i Secretary of State for Education and Employment, C-256/01, ECR 2004, s. I–873.

[49] Ibidem, pkt 82.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

pracę równej wartości[50]. W takim zatem przypadku wystarczające jest ustalenie, że dana regulacja krajowa dotknęła znacznie większą liczbę kobiet lub mężczyzn.

Z opinii rzeczników generalnych oraz orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości wynika również, że nie można „czysto mechanicznie porównywać sytuacji mężczyzn i kobiet w dziedzinie zatrudnienia i pracy"[51], ale przy jej ocenie należy brać pod uwagę wiele czynników, takich jak: charakter wykonywanej pracy i obowiązków powierzonych obu grupom pracowników, wymogi dotyczące udziału w szkoleniach, warunki pracy, w jakich działalność jest w praktyce wykonywana itd.[52]. W niektórych sprawach ocena tych elementów zostaje powierzona sądowi krajowemu[53].

Zdarza się, że nieporównywalność sytuacji pracowników obu płci prowadzi do stwierdzenia braku dyskryminacji pośredniej w dziedzinie wynagrodzenia. Na przykład, w wyroku z 8 czerwca 2004 roku w sprawie Österreichischer Gewerkschaftsbund, Gewerkschaft der Privatangestellten v. Wirtschaftskammer Österreich[54] powód wystąpił do sądu krajowego o stwierdzenie, iż pierwszy urlop rodzicielski pracowników pozostających w stosunku pracy powinien być brany pod uwagę przy obliczaniu wysokości odprawy jako staż pracy w wymiarze ośmiu miesięcy, tak jak to się odbywa w przypadku służby wojskowej czy zastępczej służby cywilnej. W przeciwnym razie mamy do czynienia z dyskryminacją pośrednią ze względu na płeć niezgodną z art. 141 TWE (obecnie art. 157 TFUE), bowiem pracownikami pozostającymi na urlopach rodzicielskich są w 98,253 % wypadków kobiety, zaś obowiązkowa służba wojskowa lub – będąca jej ekwiwalentem

---

[50] Ibidem, pkt 84.

[51] Pkt 51 wyżej cytowanej opinii rzecznika generalnego Nila Jääskinena w sprawie C-572/10.

[52] Por. szerzej wyrok z 31 maja 1995 roku w sprawie Specialarbejderforbundet i Danmark v. Dansk Industri, formerly Industriens Arbejdsgivere, acting for Royal Copenhagen A/S, C-400/93, ECR 1995, s. I–1275, pkt 32–33 oraz wyrok z 26 czerwca 2001 roku w sprawie Susanna Brunnhofer v. Bank der österreichischen Postsparkasse AG, C-381/99, ECR 2001, s. I–4961, pkt 48.

[53] Tak m.in. w cyt. wyżej sprawie C-381/99.

[54] C-220/02, ECR 2004, s. I–5907.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

– zastępcza służba cywilna dotyczy wyłącznie mężczyzn. Trybunał nie uwzględnił jednak tych argumentów, wskazując na konieczność porównywalności sytuacji pracowników obu płci. Tymczasem urlop rodzicielski jest urlopem, z którego korzysta się dobrowolnie – nie ma on bowiem tego samego celu, co urlop macierzyński. Natomiast odbycie służby wojskowej odpowiada obywatelskiemu obowiązkowi przewidzianemu prawem i nie jest zależne od indywidualnego interesu pracownika. Zdaniem Trybunału:

> w każdym z tych przypadków zawieszenie umowy o pracę jest zatem uzasadnione własnymi przyczynami, to znaczy interesem pracownika i jego rodziny w przypadku urlopu rodzicielskiego i interesem zbiorowości narodowej w przypadku obowiązkowej służby wojskowej. Ze względu na to, iż przyczyny te mają odmienny charakter, pracownicy, którzy z nich korzystają, nie znajdują się w porównywalnych sytuacjach[55].

W rezultacie regulacja krajowa, przewidująca wliczanie do stażu pracy, od którego zależy wysokość odprawy, zasadniczej służby wojskowej lub zastępczej służby cywilnej, przy jednoczesnym niewliczaniu do tego stażu okresów urlopu rodzicielskiego, nie została uznana za sprzeczną z zasadą równości wynagrodzeń. Głównym argumentem przemawiającym za brakiem porównywalności sytuacji mężczyzn i kobiet był zatem różny charakter tych dwóch rodzajów przerw w okresie świadczenia pracy. Jak bowiem podkreśliła rzecznik generalna Juliane Kokott w swojej opinii, decyzja o skorzystaniu z urlopu wychowawczego jest przeważnie kwestią organizacji prywatnego życia pracownika, podczas gdy w przypadku służby w siłach zbrojnych czy w przypadku zastępczej służby cywilnej względy natury prywatnej ustępują wobec interesu publicznego[56].

Należy również zauważyć, że porównania w sferze wynagrodzeń mogą mieć dość złożony charakter, np. jeśli dotyczą różnicy traktowa-

[55] Ibidem, pkt 64.

[56] Pkt 86 opinii z 12 lutego 2004 roku w sprawie Österreichischer Gewerkschaftsbund, Gewerkschaft der Privatangestellten v. Wirtschaftskammer Österreich, C-220/02, ECR 2004, s. I–9507.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

nia pracowników zatrudnionych w niepełnym wymiarze czasu i zatrudnionych w pełnym wymiarze czasu pracy odnośnie do płacy za godziny nadliczbowe. Trybunał Sprawiedliwości kilkakrotnie wypowiadał się w tej kwestii, przyjmując jednak początkowo dość formalne podejście. W wyroku z 15 grudnia 1994 roku w sprawie Stadt Lengerich v. Angelika Helmig i inni[57] orzekł, że nie ma miejsca nierówne traktowanie pracowników zatrudnionych w niepełnym wymiarze czasu i pełnoetatowych, jeśli obowiązujące przepisy krajowe przewidują wypłatę dodatkowego wynagrodzenia za godziny nadliczbowe tylko w przypadku przekroczenia zwykłego wymiaru czasu pracy, ustalonego przez porozumienie zbiorowe, a nie w przypadku przekroczenia pensum. Trybunał zauważył bowiem, że w przypadku gdy zwykły wymiar czasu pracy ustalony na podstawie porozumienia zbiorowego nie został przekroczony, obie kategorie pracowników otrzymują, przy tej samej liczbie przepracowanych godzin, takie samo wynagrodzenie. Natomiast w przypadku, gdy zwykły wymiar czasu pracy zostanie przekroczony, dodatkowe wynagrodzenie za godziny nadliczbowe przysługuje obu kategoriom pracowników[58]. Trybunał nie uwzględnił zatem zróżnicowanej sytuacji faktycznej obu grup pracowników, z których jednym wystarczyło przepracować nawet jedną godzinę, by uzyskać dodatkowe wynagrodzenie, a inni (głównie kobiety) musieli pracować znacznie dłużej, aby przekroczyć normalną liczbę godzin pracy, bo dopiero wówczas byli uprawnieni do tego wynagrodzenia. Nic więc dziwnego, że to rozstrzygnięcie było krytykowane przez doktrynę[59].

---

[57] Sprawy połączone C-399/92, C-409/92, C-425/92, C-34/93, C-50/93 i C-78/93, ECR 1994, s. I–5727. O wyroku tym wspomniano ogólnie w rozdziale pierwszym pracy.

[58] Ibidem, pkt. 26–30.

[59] Por. m.in. H. Fenwick, *Indirect Discrimination in Equal Pay Claims: Backward Steps in the European Court of Justice?*, „European Public Law" 1995, t. 1, nr 3, s. 335–336; K. Wentholt, *Formal and Substantive Equal Treatment: the Limitations and the Potential of the Legal Concept of Equality*, [w:] *Non –Discrimination Law: Comparative Perspectives*, T. Loenen, P. R. Rodrigues (red.), Haga–Londyn–Boston 1999, s. 63–63 oraz T. K. Harvey, *The Future for Sex Equality Law in the European Union*, [w:] *Sex Equality Law in the European Union*, T.K. Hervey, D O'Keeffe (red.), Londyn 1996, s. 404.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

W rezultacie w późniejszych rozstrzygnięciach Trybunał zrewidował swoje stanowisko. W wyroku z 27 maja 2004 roku w sprawie Edeltraud Elsner-Lakeberg v. Land Nordrhein-Westfalen[60] uznał za sprzeczną z zasadą równego wynagrodzenia regulację krajową, która przewidywała, że wszyscy pracownicy zarówno zatrudnieni w niepełnym, jak i pełnym wymiarze czasu pracy są zobowiązani do przepracowania co najmniej trzech godzin lekcyjnych miesięcznie ponad swoje pensum, aby móc ubiegać się o wynagrodzenie za godziny nadliczbowe. Sąd krajowy miał jednak zbadać, czy ta różnica w traktowaniu dotyka znacznie więcej kobiet niż mężczyzn, i czy nie można uzasadnić jej celem niezwiązanym z wszelką przynależnością do określonej płci lub nie jest ona konieczna dla osiągnięcia zamierzonego celu. W sprawie tej bowiem powódka przepracowała 2,5 nadliczbowe godziny lekcyjne w miesiącu. W rezultacie nie mogła ubiegać się o wynagrodzenie za te godziny, a jedynie za 15 godzin lekcyjnych tygodniowo. Trybunał w sposób kompleksowy porównał sytuację obu grup pracowników i zauważył, że chociaż prawo do wynagrodzenia z tytułu godzin nadliczbowych powstaje tylko przy przekroczeniu trzech godzin nadliczbowych zarówno w przypadku nauczycieli zatrudnionych w niepełnym, jak i pełnym wymiarze czasu pracy, to jednak stanowi to większe obciążenie dla tych pierwszych. W rozstrzygnięciu zostało przeprowadzone porównanie liczbowe, z którego wynikało, że trzy dodatkowe godziny lekcyjne oznaczają w przypadku pracowników zatrudnionych na cały etat zwiększenie ich czasu pracy o około 3 %, podczas gdy dla nauczycieli zatrudnionych w niepełnym wymiarze jest to odpowiednio zwiększenie o około 5 %. Stanowiło to znaczącą zmianę stanowiska Trybunału w porównaniu z wyżej omówionym wyrokiem w sprawie *Helmig*. Uwzględnił on bowiem specyficzną sytuację osób zatrudnionych na pół etatu, z których większość stanowiły kobiety i wskazał wprost, że skoro w ich przypadku:

> liczba godzin nadliczbowych dających prawo do wynagrodzenia nie jest zmniejszona w sposób proporcjonalny do ich czasu pracy, to mamy do

[60] C-285/02, ECR 2004, s. I–5861

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

> czynienia z ich nierównym traktowaniem w porównaniu z nauczycielami zatrudnionymi w pełnym wymiarze czasu pracy[61].

W ten sposób Trybunał wziął pod uwagę to, że dla kobiet zatrudnionych na pół etatu, te dodatkowe godziny pracy mogą stanowić duże obciążenie, bowiem wymagają dostosowania do nich swoich obowiązków rodzinnych i domowych. Porównanie przeprowadzone w tej sprawie prowadziło zatem do zapewnienia nie tyle formalnej, co faktycznej równości pracowników obu płci.

Podobne stanowisko zajął Trybunał w wyroku z 6 grudnia 2007 roku w sprawie Ursula Voß v. Land Berlin[62] dotyczącym regulacji krajowej, która ustanawiała niższą stawkę wynagrodzenia za nadliczbowe godziny pracy, przepracowane przez urzędników zatrudnionych w niepełnym wymiarze czasu pracy ponad ich indywidualne pensum, niż wynosiła stawka stosowana do godzin przepracowanych w ramach pensum. W rezultacie, mimo że powódka prowadziła zbliżoną liczbę godzin do osób zatrudnionych na pełen etat[63], otrzymywała za nie niższe wynagrodzenie. Trybunał uznał, że taka norma krajowa nie wprowadza dyskryminacji bezpośredniej ze względu na płeć, ale trzeba rozważyć, czy nie ma ona pośrednio dyskryminującego charakteru. Jednocześnie wskazał, że:

> w tym celu należy przede wszystkim określić, czy po pierwsze, norma ta wprowadza różnicę traktowania pracowników zatrudnionych w pełnym wymiarze czasu pracy i zatrudnionych w niepełnym wymiarze czasu, oraz po drugie, czy ta różnica traktowania dotyczy znacznie większej liczby kobiet niż mężczyzn. W przypadku pozytywnej odpowiedzi na oba te pytania w następnej kolejności nasuwa się pytanie o istnienie obiektywnych czynników niezwiązanych z jakąkolwiek dyskryminacją

---

[61] Ibidem, pkt 17.

[62] C-300/06, ECR 2007, s. I–10573.

[63] Były to 23 godziny lekcyjne tygodniowo oraz 4 do 6 godzin nadliczbowych, podczas gdy pensum nauczyciela zatrudnionego w pełnym wymiarze czasu pracy wynosiło wtedy 26,5 godziny lekcyjnej.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

ze względu na płeć, które mogłyby uzasadnić tak ustaloną różnicę traktowania[64].

Trybunał określił więc wyraźnie, jakie elementy należy brać pod uwagę dla ustalenia, czy występuje dyskryminacja pośrednia w dziedzinie wynagrodzenia. Najpierw trzeba ustalić, czy ma miejsce zróżnicowane traktowanie, czyli czy wynagrodzenie pracownika zatrudnionego w pełnym wymiarze czasu pracy jest wyższe od wynagrodzenia pracownika zatrudnionego w niepełnym wymiarze czasu pracy za tę samą liczbę godzin przepracowanych na podstawie stosunku pracy. Tymczasem nauczyciel pracujący w niepełnym wymiarze czasu pracy, którego tygodniowe pensum wynosi 23 godziny lekcyjne tygodniowo, otrzymuje, przy przepracowaniu 3,5 godziny lekcyjnej ponad jego pensum wynagrodzenie niższe od wynagrodzenia pobieranego przez nauczyciela pracującego w pełnym wymiarze czasu pracy wynoszącym 26,5 godziny lekcyjnej. Oceniana regulacja krajowa powoduje zatem nierówne traktowanie tych dwóch kategorii urzędników na niekorzyść tych, którzy pracują w niepełnym wymiarze czasu pracy. W dalszej kolejności należy zatem stwierdzić, czy takie nierówne traktowanie dotyczy znacznie wyższej liczby kobiet niż mężczyzn. W tym względzie sąd krajowy powoływał się na statystki, wskazujące, iż w ocenianym okresie czasu około 88% nauczycieli zatrudnionych w niepełnym wymiarze czasu pracy przez Land Berlin stanowiły kobiety. Trybunał nie uwzględnił jednak tych danych, ale uznał, że sąd powinien wziąć pod uwagę wszystkich pracowników objętych zakresem przepisu krajowego. Powołując się na swoje wcześniejsze orzecznictwo, przypomniał również, że przy przeprowadzaniu porównań statystycznych należy wziąć pod uwagę odsetek pracowników obu płci, których dotyczy nierówne traktowanie. Jeśli dane statystyczne wskażą, że wśród osób zatrudnionych na pół etatu odsetek kobiet jest znacznie wyższy niż mężczyzn, to mamy do czynienia z dyskryminacją pośrednią, chyba że dany środek jest uzasadniony obiektywnymi czynnikami niezwiązanymi z jakąkolwiek dyskryminacją ze względu

[64] Pkt 27–28 wyroku w sprawie C-300/06.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

na płeć. Dlatego też Trybunał nakazał sądowi krajowemu zbadanie po pierwsze, czy wśród wszystkich pracowników objętych zakresem rozpatrywanego przepisu nierówne traktowanie dotyczy znacznie wyższego odsetka pracowników płci żeńskiej niż męskiej (należało zatem uwzględnić dane statystyczne w odniesieniu do całego kraju), oraz czy nie jest ono uzasadnione obiektywnymi czynnikami niezwiązanymi z jakąkolwiek dyskryminacją ze względu na płeć (te okoliczności nie zostały bowiem dotąd podniesione w postępowaniu przez Trybunałem).

Należy zatem zauważyć, że mimo wprowadzenia nowej definicji dyskryminacji pośredniej w dyrektywie 2006/54/WE, która miała zastąpić z dniem 15 sierpnia 2009 roku dotychczasowe regulacje prawa wtórnego w zakresie równości wynagrodzenia, Trybunał nie odwołał się do jej postanowień, ale do dotychczasowego orzecznictwa wymagającego przeprowadzenia dość szczegółowych porównań statystycznych. Oczywiście, formalnie rzecz biorąc ta nowa definicja znajduje zastosowanie w odniesieniu do wynagrodzeń kobiet i mężczyzn dopiero od wyżej wskazanej daty. Niemniej jednak Trybunał mógł chociaż ogólnie się do niej odnieść, wskazując, czy ma ona jakiekolwiek znaczenie dla zmiany sposobu ustalania negatywnego wpływu danej regulacji. Należy bowiem przypomnieć, że zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt b dyrektywy 2006/54 dyskryminacja pośrednia to sytuacja, w której z pozoru neutralny przepis, kryterium lub praktyka stawiałaby osoby danej płci w szczególnie niekorzystnym położeniu w porównaniu do osób innej płci. Z regulacji tej nie wynika zatem ani wymóg przeprowadzenia rzeczywistych porównań (mogą mieć one charakter hipotetyczny), ani też wymóg wykazania „szczególnie niekorzystnego położenia" przy pomocy danych statystycznych. Wprawdzie ustęp 30 preambuły dyrektywy 2006/54 przewiduje, że „ocena faktów, z których można domniemywać, że doszło do bezpośredniej lub pośredniej dyskryminacji, pozostaje w gestii właściwych organów krajowych, zgodnie z prawem lub zwyczajem krajowym". Jeśli zatem prawo krajowe przewiduje posługiwanie się statystykami dla wykazania, że miała miejsce pośrednia dyskryminacja ze względu na płeć w dziedzinie wynagrodzenia, to nadal będą one odgrywały pewną rolę w tego

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

typu sprawach. Jak już jednak wskazywano w poprzednim rozdziale pracy, jest to możliwość, a nie konieczność.

Tym bardziej Trybunał nie powinien nakładać na sądy krajowe tak daleko idących wymogów, jakie przewidział w swoim rozstrzygnięciu, tj. uwzględniania w przypadku regulacji państwa członkowskiego danych statystycznych z całego kraju. Warto odnotować, że takie stanowisko Trybunału jest krytykowane w doktrynie[65]. Wskazuje się bowiem, iż postawienie daleko idących warunków w odniesieniu do liczebności porównywanej grupy może w praktyce utrudniać dochodzenie roszczeń związanych z dyskryminacją pośrednią, np. jeśli w danym kraju władze publiczne nie przygotowały stosownych statystyk[66]. Dlatego też dobrze byłoby, aby w następnych rozstrzygnięciach dotyczących dyskryminacji pośredniej w dziedzinie wynagrodzeń kobiet i mężczyzn Trybunał zweryfikował swoje stanowisko odnośnie do statystyk, uwzględniając jej nową definicję. Odejście od rygorystycznych wymogów dotyczących wykazania niekorzystnego wpływu regulacji czy praktyki za pomocą danych statycznych miałoby ten walor, że sądy krajowe mogłyby w szerszym zakresie uwzględniać realia społeczne, w tym faktyczną sytuację na rynku pracy. To zaś sprzyjałoby zapewnieniu większej skuteczności zasady równej płacy za tę samą pracę.

Należy zatem zauważyć, że w świetle orzecznictwa Trybunału ustalenie, czy pozornie neutralny przepis, kryterium czy praktyka dotycząca wynagrodzenia ma pośrednio dyskryminujący charakter, wymaga najpierw stwierdzenia, czy ma miejsce zróżnicowane traktowanie, np. między pracownikami zatrudnionymi w pełnym i niepełnym wymiarze czasu pracy. Wiąże się to zatem z przeprowadzeniem porównania tych dwóch grup osób. Następnie zaś trzeba ustalić, czy ta różnica traktowania dotyczy znacznie większej liczby kobiet niż mężczyzn, co wymaga odniesienia się do statystyk. W sprawach, w których różnica traktowania jest oczywista, np. dotyczy pozbawienia

[65] Por. A. Wengdahl, *Indirect Discrimination…*, s. 14.

[66] Tak było m.in. w wyroku z 30 listopada 1993 roku w sprawie Petra Kirsammer-Hack v. Nurhan Sidal, –189/91, ECR 1993, s. I–6185. Został on bliżej omówiony w poprzednim rozdziale pracy.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

danej grupy pracowników pewnych przywilejów i wynika z regulacji krajowej, przeprowadzenie porównania ich sytuacji nie jest konieczne, jednak wówczas trzeba określić wpływ tej regulacji na znacznie większą liczbę kobiet niż mężczyzn. To zaś stwierdza się przy pomocy porównań statystycznych, w ramach których należy wziąć pod uwagę odsetek osób obu płci dotkniętych nierównym traktowaniem. Tymczasem może zdarzyć się taka sytuacja, że statystyki są w ogóle niedostępne, albo też zakres danych nie jest wystarczający dla ustalenia znaczącej różnicy wpływu regulacji czy praktyki na osoby danej płci. Trudność, jaka pojawia się w tym zakresie, dotyczy również umiejętności interpretacji wyników porównań statystycznych przez osoby wykonujące zawody prawnicze[67]. Trybunał nie bierze bowiem pod uwagę znaczenia statystyk w technicznym znaczeniu tego słowa, ale wymaga, aby w ramach grupy chronionej znalazła się znacznie wyższa liczba osób, niż w ramach grupy uprzywilejowanej. Taki test nie został jednak utrzymany w dyrektywie 2002/73, a następnie 2006/54. Należałoby więc dokonać jego weryfikacji, zwłaszcza że nie potwierdza on dążenia Trybunału do zapewnienia równości materialnej[68].

1.2.4. Sprawy dotyczące zabezpieczenia społecznego kobiet i mężczyzn

Jak wskazano w poprzednim rozdziale, sprawy te nie zostały objęte postanowieniami dyrektywy 2006/54, w związku z czym aktualne jest dotychczasowe ujęcie pierwszego z elementów dyskryminacji pośredniej, występujące w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości. Zwró-

[67] Na te trudności praktyczne związane ze stosowaniem statystyk zwraca uwagę m.in. I. Sjerps, *Effects and Justifications or How to Establish a Prima Facie Case of Indirect Sex Discrimination*, [w:] *Non –Discrimination Law: Comparative Perspectives*, T. Loenen, P. R. Rodrigues (red.), Haga–Londyn–Boston 1999, s. 246. Por. też S. Prechal, *Equality of Treatment, Non-Discrimination and Social Policy: Achievements in Three Themes*, „Common Market Law Review" 2004, t. 41, s. 542. Autorka ta zauważa, że korzystanie ze statystyk w sprawach dotyczących dyskryminacji pośredniej ze względu na płeć doprowadziło do wydawania dość technicznych rozstrzygnięć sądowych i do wielu praktycznych problemów.

[68] Por. szerzej H. Collins, *Discrimination, Equality and Social Inclusion*, „Modern Law Review" 2003, t. 66, s. 33.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

ciła na to uwagę rzecznik generalna Verica Trstenjak w swojej opinii z 16 czerwca 2011 roku w sprawie Waltraud Brachner v. Pensionsversicherungsanstalt[69], podkreślając, że dyrektywa 79/7 nie została zmieniona od czasu jej wejścia w życie, a jej praktyczne znaczenie polega przede wszystkim na zakazie dyskryminacji pośredniej, ponieważ przypadki dyskryminacji bezpośredniej w krajowych porządkach prawnych zostały już w przeważającej mierze wyeliminowane[70].

Trybunał zaś podkreśla, iż:

> z utrwalonego orzecznictwa wynika, że pośrednia dyskryminacja ma miejsce wówczas, gdy stosowanie przepisu krajowego – choćby sformułowanego w sposób neutralny – powoduje pogorszenie sytuacji znacznie większej liczby kobiet niż mężczyzn[71].

Wynika z tego, że jeśli mamy do czynienia z neutralnie sformułowanym przepisem lub praktyką, to następnie należy stwierdzić, czy ma miejsce nierówne traktowanie mężczyzn i kobiet. Zgodnie z kryteriami wypracowanymi w orzecznictwie Trybunału w tym celu trzeba w pierwszej kolejności ustalić, czy oceniany środek ma mniej korzystne skutki dla osób danej płci. Jednakże nie każde nierówne traktowanie jest uważane za spełniające ten warunek, ale tylko takie, które ma istotne znaczenie. To zaś wymaga przekroczenia określonego progu ilościowego, czyli stwierdzenia, że znacznie większa liczba, czy też procentowo znacznie więcej osób danej płci jest traktowanych mniej korzystnie[72]. Jak wskazano w poprzednim rozdziale, Trybunał dotąd unikał odniesienia się wprost do kwe-

---

[69] C-123/10, niepubl., dostępna na stronie curia.europa.eu.

[70] Ibidem, pkt 52.

[71] Tak m.in. w wyroku z 27 października 1998 roku w sprawie Margaret Boyle i inni v. Equal Opportunities Commission, C–411/96, ECR 1998, s. I–6401, pkt 76; z 21 października 1999 r. w sprawie Susanne Lewen v. Lothar Denda, C–333/97, ECR 1999, s. I–7243, pkt 34; z 16 lipca 2009 roku w sprawie Evangelina Gómez-Limón Sánchez-Camacho v. Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) i Alcampo SA, C-537/07, ECR 2009, s. I–6525.

[72] Tak trafnie podsumowuje orzecznictwo Trybunału rzecznik generalna Verica Trstenjak w wyżej cyt. opinii w sprawie C-123/10, pkt 66.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

stii, jaki próg procentowy musi zostać przekroczony dla uznania, że mamy do czynienia z pogorszeniem sytuacji znacznie większej liczby osób danej płci. Zwykle jednak w sprawach, w których stwierdzał występowanie dyskryminacji pośredniej, odsetek ten oscylował wokół 80 procent, a zatem był określony na dość wysokim poziomie[73].

Za istotne należy zatem uznać rozstrzygnięcie z 20 października 2011 we wskazanej już sprawie Waltraud Brachner v. Pensionsversicherungsanstalt[74], która dotyczyła przepisów krajowych prowadzących do niezastosowania nadzwyczajnej podwyżki wobec określonej grupy osób pobierających najniższą emeryturę. Zdaniem sądu krajowego ten system waloryzacji emerytur powoduje, że takie osoby są w niekorzystnej sytuacji. Należało zatem zbadać, czy kategoria emerytów dotkniętych wspomnianym pogorszeniem sytuacji obejmuje znacznie więcej kobiet niż mężczyzn. Trybunał uznał, że wymaga to porównania różnicy między liczbą kobiet pobierających najniższą emeryturę, wyrażoną procentowo w stosunku do całkowitej liczby kobiet pobierających emerytury na podstawie austriackiej ustawy ogólnej o zabezpieczeniu społecznym, oraz wartością procentową odnoszącą się w tym względzie do emerytów płci męskiej. Według danych statystycznych uznanych przez sąd krajowy te wartości procentowe wynosiły odpowiednio 57% w przypadku emerytek i 25% w przypadku emerytów. Innymi, słowy wśród osób objętych zakresem wskazanej wyżej ustawy z nadzwyczajnej podwyżki emerytur mogło skorzystać 75% emerytów, podczas gdy w przypadku emerytek było to jedynie 43%[75]. Trybunał doszedł do wniosku, że:

> taka różnica jest wystarczająco znacząca, by stanowić ważną wskazówkę mogącą być podstawą wniosku, który może jednak przyjąć wyłącznie sąd krajowy, a zgodnie z którym niezastosowanie w przypadku najniższych emerytur nadzwyczajnej podwyżki przewidzianej w systemie wa-

[73] Zwraca na to uwagę A. Wengdahl, *Indirect Disrimination…*, s. 15.
[74] C-123/10, niepubl., dostępny na stronie curia.europa.eu.
[75] Ibidem, pkt 61–62.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

loryzacji rozpatrywanym przez sąd krajowy w rzeczywistości pogarsza sytuację znacznie większej liczby emerytek niż emerytów[76].

Wynika z tego, że nie musimy mieć do czynienia z bardzo dużą różnicą procentową, ale wystarcza pokazanie około 30% przewagi w liczebności grupy uprzywilejowanej względem grupy, która znalazła się w niekorzystnej sytuacji. Należy mieć nadzieję, że omawiany wyrok stanowi początek nowej linii orzeczniczej dotyczącej oceny niekorzystnego wpływu środka na znacznie większą liczbę osób danej płci, która nadal będzie występowała w sprawach dotyczących zabezpieczenia społecznego, chyba że Trybunał pod wpływem regulacji zawartych w dyrektywie 2006/54 zdecyduje się na zmianę podejścia i odejdzie od statystyk na rzecz badania jedynie, czy osoby te znajdują się w szczególnie niekorzystnej sytuacji. Dotychczas wydane wyroki nadal jednak odwołują się do statystyk, stąd też istotne jest, aby nie określać wymaganego progu procentowego na zbyt wysokim poziomie, ale właśnie takim, na jaki wskazał Trybunał w wyroku w sprawie *Brachner*[77].

1.2.5. Ocena „szczególnie niekorzystnej sytuacji" w świetle regulacji dyrektywy 2000/78 (na przykładzie dyskryminacji ze względu na orientację seksualną)

Jak dotąd Trybunał nie wypowiedział się wprost, co należy rozumieć pod pojęciem „szczególnie niekorzystnej sytuacji", które występuje

---

[76] Ibidem, pkt 63.

[77] Warto dodać, że Trybunał prawdopodobnie skorzystał w tym względzie z sugestii zawartych w opinii rzecznik generalnej Vericy Trstenjak. Wskazała ona m.in., że „udział kobiet pobierających najniższe emerytury, których emerytury wzrosły jedynie o 1,7 % (w porównaniu z emeryturami wynoszącymi pomiędzy 747 EUR a 2160 EUR) jest ponad dwukrotnie większy niż udział mężczyzn pobierających najniższe emerytury. W ten sposób kobiety są nadreprezentowane wśród osób uprawnionych do emerytury, których emerytury są wspierane przez państwo austriackie jedynie w niewielkim stopniu (bez uwzględnienia dodatku wyrównawczego), co już pozwala na dojście do wniosku, że zachodzi nierówne traktowanie" (pkt 72 opinii). Ostatecznie zaś doszła do częściowego wniosku, że występuje nierówne traktowanie płci (pkt 76 opinii).

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

w definicji dyskryminacji pośredniej zawartej w dyrektywach 2000/43 i 2000/78[78]. Niemniej jednak pewnych wskazówek dostarczają opinie rzeczników generalnych, zwłaszcza te, które dotyczą dyskryminacji ze względu na orientację seksualną. I tak, rzecznik generalny Ruiz-Jarabo Colomer w opinii z 6 września 2007 roku w sprawie Tadao Maruko v. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen[79] wskazał, że odmowa przyznania renty rodzinnej powodowi nie opierała się na jego skłonnościach seksualnych, w związku z czym nie miała miejsca bezpośrednia dyskryminacja. W kontekście ewentualnego wystąpienia dyskryminacji pośredniej zauważył zaś najpierw, że:

> spór przed sądem krajowym dotyczy nierówności między małżeństwami a związkami partnerskimi zawartymi w innej formie prawnej. Dlatego sprawą zasadniczą nie jest dostęp do małżeństwa, lecz konsekwencje obu modeli prawnych. Należy zatem ustalić, czy te dwa rodzaje związków zasługują na jednakowe traktowanie i w tym celu jest konieczne, by sąd krajowy rozstrzygnął, czy sytuacja prawna małżonków jest podobna do sytuacji osób tworzących zarejestrowany związek partnerski. Jeżeli tak nie jest, kryteria porównawcze będą bezużyteczne[80].

---

[78] Wprawdzie w wyroku z 7 czerwca 2012 roku w sprawie Tyrolean Airways Tiroler Luftfahrt Gesellschaft mbH v. Betriebsrat Bord der Tyrolean Airways Tiroler Luftfahrt Gesellschaft mbH (C-132/11, niepubl., dostępny na stronie curia.europa.eu) dokonywał interpretacji przepisu art. 2 ust. 2 pkt b) dyrektywy 2000/78, ale nie dopatrzył się tam naruszenia zakazu dyskryminacji pośredniej ze względu na wiek. Uznał bowiem, że postanowienie układu zbiorowego, które do celów ustalania wysokości wynagrodzenia uwzględnia jedynie doświadczenie zawodowe nabyte w charakterze stewarda lub stewardesy określonego przewoźnika lotniczego, wyłączając doświadczenie identyczne pod względem merytorycznym, lecz uzyskane u innego przewoźnika należącego do tego samego koncernu, może prowadzić do odmiennego traktowania ze względu na datę zatrudnienia przez danego pracodawcę. „Takie odmienne traktowanie nie jest jednak bezpośrednio lub pośrednio związane z wiekiem ani z wydarzeniem związanym z wiekiem. W istocie bowiem to doświadczenie ewentualnie uzyskane przez stewarda lub stewardesę u innego przewoźnika tego samego koncernu nie jest uwzględniane przy zatrudnieniu, niezależnie od wieku tego stewarda lub tej stewardesy w chwili zatrudnienia" (pkt 29 wyroku).

[79] C-267/06, ECR 2008, s. I–1757.

[80] Ibidem, pkt 99–100 opinii.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

Następnie zaś stwierdził, iż zgodnie z poglądem sądu krajowego związek partnerski w prawie niemieckim wiąże się z prawami i obowiązkami analogicznymi do małżeństwa. W rezultacie odmowa przyznania renty z powodu niezawarcia małżeństwa w sytuacji, gdy dwie osoby tej samej płci nie mogą tego uczynić, natomiast zawarły zarejestrowany związek partnerski wywołujący podobne skutki, oznacza pośrednią dyskryminację ze względu na orientację seksualną w rozumieniu dyrektywy 2000/78. Jak widać, rzecznik generalny oparł interpretację pojęcia „szczególnie niekorzystnej sytuacji dla osób danej orientacji seksualnej w porównaniu do innych osób" na porównywalności sytuacji prawnej małżonków oraz osób tworzących zarejestrowany związek partnerski. Pozytywna ocena w tym względzie prowadzi do konkluzji, że pozbawienie tych ostatnich pewnych praw, w sytuacji gdy osoby tej samej płci nie mają prawnej możliwości zawarcia związku małżeńskiego, stanowi dyskryminację pośrednią. Szczególnie niekorzystna sytuacja mogłaby się zatem wiązać z pozbawieniem pewnych praw, np. prawa do renty rodzinnej.

Z kolei rzecznik generalny Nilo Jääskinen w opinii z 15 lipca 2010 roku w sprawie Jürgen Römer v. Freie und Hansestadt Hamburg[81] najpierw podkreślił, że w orzecznictwie brak wyroków, w których pojawiłaby się kwestia wykładni pojęcia dyskryminacji pośredniej, w szczególności ze względu na orientację seksualną w rozumieniu dyrektywy 2000/78. Następnie zaś przeszedł do analizy podstawowych elementów występujących w jej definicji, wskazując, iż najpierw należy rozważyć, czy istnieje przepis lub kryterium pozornie neutralne, które może doprowadzić do szczególnej niekorzystnej sytuacji dla osób danej orientacji seksualnej, w stosunku do innych osób. Jego zdaniem:

> kryterium odnoszące się do związku małżeńskiego może a priori wydawać się neutralnym czynnikiem zróżnicowania. Jednakże jeśli małżeństwo i korzyści z niego wynikające są zarezerwowane wyłącznie dla osób odmiennej płci, jak to ma miejsce w Niemczech, rozróżniający skutek takiego kryterium nie jest bez znaczenia. Wydaje się ono szcze-

[81] C-147/08, niepubl., dostępna na stronie curia.europa.eu.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

gólnie niekorzystne dla osób homoseksualnych, ponieważ nie posiadają one innych środków prawnych niż zarejestrowany związek partnerski, aby sformalizować swój związek i nie mogą zatem należeć do korzystniej traktowanej grupy, chyba że postąpią wbrew swojej orientacji seksualnej[82].

Rzecznik generalny podkreślił, że ocena w tym względzie powinna mieć charakter obiektywny, a nie subiektywny. Nie jest zatem istotne to, dlaczego osoby tej samej płci nie mogą w danym państwie zawrzeć związku małżeńskiego, ale to, że w takim przypadku wymóg małżeństwa sam z siebie prowadzi do sytuacji wyraźnie dla nich niekorzystnej w porównaniu z parami osób odmiennej płci. Rzecznik generalny zauważył również, że oceniany przepis wyklucza wprawdzie wszystkich beneficjentów niepozostających w związku małżeńskim, ale w rzeczywistości to osoby homoseksualne są bardziej pokrzywdzone niż, np. osoby heteroseksualne żyjące w konkubinacie, ponieważ te ostatnie mogą zawrzeć związek małżeński, jeśli tego chcą. W rezultacie uznał, iż w omawianej sprawie spełniona jest pierwsza z przesłanek występujących w definicji dyskryminacji pośredniej zawartej w dyrektywie 2000/78.

Jak widać, obaj rzecznicy skoncentrowali się na ocenie szczególnie niekorzystnej sytuacji, w jakiej znalazły się osoby o odmiennej orientacji seksualnej, a nie na rozważaniu, czy regulacje krajowe, będące przedmiotem postępowania w obu sprawach, dotykają znacznie większą liczbę osób homoseksualnych niż heteroseksualnych. Oczywiście, wiąże się to także z tym, że z uwagi na zakaz zawierania małżeństw przez osoby tej samej płci, tak naprawdę wszyscy homoseksualiści zostali wyłączeni z możliwości nabywania korzyści, jakie się z nim wiążą. Wprawdzie, jak zauważył rzecznik generalny Niilo Jääskinen, wymóg małżeństwa ma wpływ również na osoby tej samej płci żyjące w konkubinacie, jednakże mogą one zawrzeć związek małżeński, jeśli tego chcą.

[82] Ibidem, pkt 106.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

1.2.6. Wnioski dotyczące oceny negatywnego wpływu środka

Analiza opinii rzeczników generalnych oraz orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości pozwala dojść do wniosku, że ocena negatywnego wpływu środka nie ma jednolitego charakteru, ale w istocie przebiega nieco inaczej w zależności od tego, z jaką kategorią spraw mamy do czynienia, czy też ściślej, jakiej grupy chronionej one dotyczą. Jeśli chodzi o pracowników migrujących, bowiem Trybunał często odwołuje się do takiej właśnie kategorii pojęciowej, to nie zawsze wymaga wykazania, że stanowią oni zdecydowaną większość osób, na które wpływa warunek. Alternatywnie można bowiem powołać się na to, że dany wymóg zostanie znacznie łatwiej spełniony przez pracowników krajowych niż migrujących, lub że działa na niekorzyść tych ostatnich. Mamy zatem do czynienia z dość elastycznym podejściem, jeśli chodzi o ocenę negatywnego wpływu środka na tą grupę chronioną, co ściśle wiąże się z zapewnieniem prawidłowego funkcjonowania rynku wewnętrznego. Znoszenie wszelkich regulacji dyskryminujących, a nawet ograniczających swobody traktatowe, ma stwarzać zachętę do tego, aby z nich korzystać. Pracownikowi migrującemu nie będzie zatem szczególnie trudno wykazać, że regulacja, kryterium czy praktyka ma pośrednio dyskryminacyjny charakter, zwłaszcza jeśli w grę wchodzi wymóg odnoszący się do zamieszkania, zatrudnienia czy zdobycia wykształcenia w danym państwie członkowskim.

Nieco inna ocena negatywnego wpływu środka występuje natomiast w przypadku dyskryminacji pośredniej ze względu na płeć. W sprawach dotyczących wynagrodzeń za tę samą pracę lub pracę tej samej wartości Trybunał wymaga ustalenia najpierw, czy istnieje różnica w wynagrodzeniu między dwiema porównywanymi grupami pracowników, np. zatrudnionymi w pełnym i niepełnym wymiarze czasu pracy, a następnie stwierdzenia na podstawie dostępnych danych statystycznych, czy to nierówne traktowanie dotyczy znacznie większej liczby osób danej płci. Podobnie w sprawach dotyczących zabezpieczenia społecznego należy w pierwszej kolejności ocenić, czy w ogóle ma miejsce nierówne traktowanie (innymi słowy, czy dany środek ma negatywny wpływ na grupę chronioną), a później, czy znacznie więk-

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

sza liczba osób danej płci jest traktowana mniej korzystnie, co ustala się przy pomocy statystyk.

W doktrynie to dość wymagające podejście Trybunału w odniesieniu do dyskryminacji pośredniej ze względu na płeć wyjaśnia się tym, że w omawianym obszarze mamy do czynienia ze specyficznym „ścieraniem się" względów natury ekonomicznej i społecznej, co wiąże się z jednej strony, z przewidzianą w Traktatach wolnością rynkową, włączając w to rynek pracy, a z drugiej, z eliminowaniem nierównego traktowania kobiet w dziedzinie zatrudnienia, co z istoty rzeczy stanowi interwencję w ten rynek[83]. Wydaje się jednak, że przyjęta najpierw w dyrektywie 2002/73, a następnie w dyrektywach 2004/113 oraz 2006/54 definicja dyskryminacji pośredniej stwarza możliwość odejścia od konieczności wykazywania w każdej sprawie dotyczącej nierównego traktowania ze względu na płeć, że ma ono wpływ na znacznie większą liczbę osób danej płci. Z definicji wynika bowiem wymóg wykazania, że istnieje przepis, kryterium lub praktyka pozornie neutralna, która może doprowadzić do szczególnie niekorzystnego położenia osób jednej płci w porównaniu do osób innej płci. Jeśli zatem powodowi uda się przeprowadzić takie porównanie i wykazać negatywny wpływ pozornie neutralnego środka bez odwoływania się do statystyk, wówczas w postępowaniu sądowym, w tym toczącym się przed Trybunałem Sprawiedliwości, należałoby to uznać za wystarczające uprawdopodobnienie okoliczności pozwalających domniemywać istnienia pośredniej dyskryminacji[84]. Oczywiście, w niektórych sprawach odwołanie się do danych statystycznych może okazać się najprostsze dla wykazania negatywnego wpływu środka, np. jeśli mamy

---

[83] Por. szerzej S. O'Leary, *Employment Law at the European Court of Justice. Judicial Structures, Policies and Processes*, Oxford 2002, s. 137–138 i cyt. tam literaturę.

[84] Należy bowiem zauważyć, że zgodnie z art. 19 ust. 1 dyrektywy 2006/54 „państwa członkowskie podejmą takie działania, które są niezbędne, zgodnie z ich krajowymi systemami sądowymi, w celu zapewnienia, aby – jeżeli osoby, które uznają się za poszkodowane z powodu niezastosowania do nich zasady równego traktowania, uprawdopodobnią przed sądem lub innym właściwym organem okoliczności pozwalające domniemywać istnienie bezpośredniej lub pośredniej dyskryminacji – do pozwanego należało udowodnienie, że nie nastąpiło naruszenie zasady równego traktowania".

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

do czynienia nie tyle z pracownikami danej płci, co z zatrudnionymi w niepełnym i pełnym wymiarze pracy. Niemniej jednak w doktrynie proponuje się, aby ocenę negatywnego wpływu środka na osoby danej płci opierać raczej na argumentacji jakościowej, natomiast dowody statystyczne mogą być wykorzystane do jej wsparcia, ale nie powinny odgrywać decydującej roli[85].

Jeśli natomiast chodzi o pozostałe kryteria uregulowane w dyrektywach 2000/43 oraz 2000/78, to brak jeszcze wskazówek płynących z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości odnośnie do tego, jak oceniać negatywny wpływ środka na osoby danego pochodzenia rasowego lub etnicznego, religii lub przekonań, wieku, niepełnosprawności bądź też orientacji seksualnej. Przedstawione wyżej opinie rzeczników generalnych wydają się jednak potwierdzać, że w przypadku oceny, czy przepis, kryterium lub pozornie neutralna praktyka może doprowadzić do szczególnie niekorzystnej sytuacji osób danej orientacji seksualnej w stosunku do innych osób, najpierw należy porównać położenie obu tych grup. Jeśli stwierdzimy, że jedna z nich jest uprzywilejowana, a druga poszkodowana, np. przez pozbawienie pewnych praw, przy dodatkowym braku możliwości zawarcia małżeństwa przez osoby tej samej płci, to można domniemywać, że mamy do czynienia z dyskryminacją pośrednią.

1.3. Obiektywne uzasadnienie: cel zgodny z prawem

1.3.1. Wprowadzenie

Dyskryminacja pośrednia wystąpi, gdy mamy do czynienia z negatywnym wpływem regulacji, kryterium lub praktyki na osoby należące do grupy chronionej (a zatem danej przynależności państwowej, płci, pochodzenia rasowego lub etnicznego, religii lub przekonań, niepełnosprawności, wieku lub orientacji seksualnej), a jednocześnie nie jest ona obiektywnie uzasadniona zgodnym z prawem ce-

[85] Tak słusznie I. Sjerps, op. cit., s. 247.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

lem. Jeśli więc podmiot stosujący określony środek chce się obronić przed zarzutem dyskryminacji pośredniej, musi powołać się na taki cel. Czy jednak występowanie uzasadnienia dla przepisu czy praktyki powoduje, że nie mamy w ogóle do czynienia z dyskryminacją?

Z brzmienia przepisów zawartych w dyrektywach 2000/78, 2000/43 oraz 2006/54 można by wyprowadzić taki wniosek, bowiem wskazują one, iż dyskryminacja pośrednia występuje w przypadku, gdy pozornie neutralny przepis, kryterium lub praktyka może doprowadzić do szczególnie niekorzystnej sytuacji dla osób należących do grupy chronionej, chyba że jeden z tych środków jest obiektywnie uzasadniony zgodnym z prawem celem. Wydaje się jednak, że nawet gdy istnieje usprawiedliwienie dla zróżnicowanego traktowania, nie prowadzi to do jego wyeliminowania. Innymi słowy, należy przyjąć, że nawet obiektywnie uzasadniona dyskryminacja pośrednia nie przestaje być dyskryminacją[86]. Jedynie nie pociąga ona za sobą negatywnych skutków prawnych dla podmiotu stosującego dyskryminacyjną regulację czy praktykę, a to z tego względu, że istnieje nadrzędny cel, którego realizację należy w danym przypadku uznać za istotniejszą. Zagadnienie to jest jednak sporne w doktrynie, bowiem część jej przedstawicieli uznaje, że występowanie obiektywnego uzasadnienia sprawia, że przepis, kryterium lub praktyka w ogóle nie mają dyskryminacyjnego charakteru. Na przykład, E. Ellis łączy je z przyczyną dyskryminacji pośredniej (ang. *causation*) i stwierdza, że jeśli można wykazać, iż negatywne skutki dla danej grupy osób wiążą się z akceptowanym i neutralnym czynnikiem, wówczas „nie mamy do czynienia z dyskryminacją. Przyczyną owego niekorzystnego wpływu jest bowiem coś innego niż dyskryminacja"[87]. W polskiej doktrynie zbliżone

---

[86] Tak m.in. N. Bernard, *What Are the Purposes of EC Discrimination Law?*, [w:] *Discrimination Law: Concepts, Limitations and Justifications*, J. Dine, B. Watt (red.), Londyn 1996, s. 84.

[87] Por. E. Ellis, *Definitions of Key Concepts: Direct and Indirect Discrimination, Harassment*, Materiały z konferencji *The Fight Against Discrimination: the Equal Treatment Directives of 2000*, Trier 2007, s. 10, dostępne na stronie internetowej: http://www.era-comm.eu/oldoku/Definitionofkeyconcepts.htm (data dostępu: 3.03.2012)

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

stanowisko zajmuje m.in. M. Wandzel, który zauważa, że w przypadku obiektywnego uzasadnienia „nie mamy do czynienia z jakimkolwiek usprawiedliwianiem nierówności, jest to tylko wykazanie, że brak jest w danej sytuacji równości wymagającej równego traktowania”[88].

Sam Trybunał nie wypowiedział się wprost odnośnie do roli obiektywnego uzasadnienia w ramach kontroli, czy mamy do czynienia z dyskryminacją pośrednią. W tej sprawie można się jedynie odwołać do opinii jego rzeczników generalnych. Na przykład, rzecznik generalny Cosmas w swojej opinii z 16 maja 2000 roku w sprawie Republika Włoska v. Komisja WE[89] zauważył, że:

> […] ustalenie występowania dyskryminacji pośredniej wymaga przeprowadzenia złożonego rozumowania opartego najpierw na szczegółowej analizie konkretnej faktycznej sytuacji regulowanej przez oceniany środek i zbadaniu, czy w świetle okoliczności sprawy, oczywista neutralność zastosowanego kryterium prowadzi w efekcie do niesprawiedliwej dyskryminacji w praktyce. Drugi etap obejmuje natomiast stwierdzenie, czy ta dyskryminacja jest niezgodna z prawem, to znaczy, czy jest pośrednio, ale blisko powiązana z zakazanym kryterium […] Jeśli oceniane postanowienie jest proporcjonalne do zamierzonego celu, należy je traktować jako zgodne z prawem, nawet jeśli prowadzi do dyskryminacji *de facto*[90].

Z kolei rzecznik generalny Jacobs w opinii z 6 lipca 2000 roku w sprawie Julia Schnorbus v. Land Hessen[91] wskazał, iż:

> istnieją dwa sposoby, zgodnie z którymi można uzasadnić różnicę w traktowaniu. Z jednej strony, zgodnie z orzecznictwem Trybunału, różnica w traktowaniu ‘uzasadniona czynnikami obiektywnymi niezwiązanymi z jakąkolwiek dyskryminacją ze względu na płeć’ nie stanowi dyskryminacji niezgodnej z prawem. Z drugiej strony, szereg prze-

[88] M. Wandzel, *Czy można usprawiedliwić dyskryminację pośrednią...*, s. 247.
[89] C-361/98, ECR 2001, s. I–385.
[90] Ibidem, pkt 32 opinii.
[91] C-79/99, ECR 2000, s. I–10997.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

> pisów zakazujących dyskryminacji przewiduje, że pozostają one bez uszczerbku dla niektórych środków uważanych za konieczne lub podejmowanych w ogólnym interesie […] te dwa typy uzasadnienia mają inny charakter. Pierwsze z nich odnosi się do definicji dyskryminacji niezgodnej z prawem; jeśli występuje, to taka dyskryminacja nie ma miejsca i nie trzeba dalej badać sprawy. Drugie z kolei stanowi możliwą 'obronę', która jest badana po ustaleniu istnienia dyskryminacji[92].

Z tego wynika, że obaj rzecznicy traktują obiektywne uzasadnienie jako element definicji dyskryminacji pośredniej niezgodnej z prawem[93]. Oznaczałoby to, że jego wystąpienie prowadzi nie tyle do wyeliminowania dyskryminacji, ale, jak wskazano wyżej, do braku negatywnych skutków prawnych dla podmiotu stosującego dany środek. Skuteczne powołanie się na cel zgodny z prawem, a przy tym dostatecznie ważny, aby dać mu przewagę nad równym traktowaniem, powoduje bowiem, że nie mamy do czynienia z dyskryminacją niezgodną z prawem. Jak zauważa się w literaturze przedmiotu, takie stanowisko jest znacznie łatwiejsze do zaakceptowania z emocjonalnego punktu widzenia, ponieważ „inną rzeczą jest stwierdzić, że zgodnie z prawem wystąpiła dyskryminacja, ale jest ona uzasadniona przez przyczynę wyższego rzędu, a jeszcze inną, że prawo w ogóle nie traktuje danego działania jako dyskryminacji"[94]. Należy zatem przyjąć, że obiektywne uzasadnienie w ramach koncepcji dyskryminacji pośredniej stanowi nie tyle jej przyczynę (ang. *causation*), co uzasadnienie w ścisłym znaczeniu tego słowa. Zdaniem niektórych przedstawicieli doktryny takie podejście może prowadzić do stosowania ściślejszych wymogów w stosunku do obiektywnego uzasadnienia, ponieważ jest

---

[92] Ibidem, pkt 34–35.

[93] Ibidem, pkt 47. Rzecznik Jacobs wyraźnie tam zauważa, że „pośrednia dyskryminacja nie jest niezgodna z prawem, jeśli różnica w traktowaniu jest uzasadniona przez czynniki obiektywne same w sobie".

[94] T. K. Hervey, *EC Law on Justifications for Sex Discrimination in Working Life*, paper presented at the VII European Regional Congress of Labour Law and Social Security, held at Stockholm University, Sweden, s. 105, przypis 31, cyt. za: Ch. Tobler, *Indirect Discrimination…*, s. 258.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

ono traktowane jako wyjątek, a w rezultacie może okazać się bardziej skuteczne w osiąganiu stanu równości[95].

Warto również zauważyć, że w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości występują różne określenia w stosunku do omawianego elementu dyskryminacji pośredniej. W rozstrzygnięciach dotyczących dyskryminacji ze względu na przynależność państwową pojawiają się takie pojęcia, jak „uzasadniona przez obiektywne różnice"[96], „uzasadniona interesem ogólnym"[97], „nadrzędne względy interesu publicznego"[98]. Wszystkie te określenia mogą być objęte szeroko rozumianym obiektywnym uzasadnieniem[99]. Z kolei w orzecznictwie dotyczącym dyskryminacji pośredniej ze względu na płeć Trybunał odwołał się najpierw ogólnie do czynników, które są obiektywnie uzasadnione i w żaden sposób niezwiązane z jakąkolwiek dyskryminacją ze względu na płeć[100]. Następnie zaś wskazywał na tzw. „prawdziwą potrzebę przedsiębiorstwa" w sprawach dotyczących środków stosowanych przez pracodawców[101] lub „konieczny cel polityki społecznej państwa członkowskiego"[102]

---

[95] Por. szerzej Ch. Tobler, *Indirect Discrimination...*, s. 259 i cyt. tam literaturę przedmiotu.

[96] Por. np. wyrok z 12 lutego 1974 w sprawie Giovanni Maria Sotgiu v. Deutsche Bundespost, 152/73, ECR 1974, s. 15 czy wyrok z 12 lipca 1979 roku w sprawie Caisse régionale d'assurance maladie de Lille (CRAM) v. Diamante Palermo, née Toia, 237/78, ECR 1979, s. 2645.

[97] Tak m.in. w wyroku z 3 lutego 1982 roku w sprawie Seco i Desquenne & Giral v. Etablissement d'assurance contre la vieillesse et l'invalidité, sprawy połączone 62 i 63/81, ECR 1981, s. 223.

[98] Por. np. wyrok z 3 czerwca 1992 roku w sprawie Komisja WE v. Republika Włoska, C-360/89, ECR 1992, s. I–3401.

[99] C. Barnard, *Gender and Commercial Discrimination*, [w:] *Discrimination Law: Concepts, Limitations and Justifications*, J. Dine, B. Watt (red.), Londyn 1996, s. 73. Autorka uważa, że w jego ramach mieszczą się również tzw. wymogi imperatywne występujące w orzecznictwie dotyczącym swobody przepływu towarów.

[100] Wyrok z 31 marca 1981 roku w sprawie J.P. Jenkins v. Kingsgate (Clothing Productions) Ltd., 96/80, ECR 1981, s. 911.

[101] Wyrok z 13 maja 1986 roku w sprawie Bilka – Kaufhaus GmbH v. Karin Weber von Hartz, 170/84, ECR 1986, s. 1607.

[102] Wyrok z 13 lipca 1989 roku w sprawie Rinner-Kühn v. FWW Spezial-Gebäudereinigung GmbH & Co. KG, 171/88, ECR 1989, s. 2743.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

(w późniejszych rozstrzygnięciach „prawnie uzasadniony cel polityki społecznej")[103].

Niezależnie od tych różnic terminologicznych należy zwrócić uwagę na to, że w każdym przypadku chodzi o istnienie uzasadnionego celu, który jest niezależny od zakazanego kryterium, a zatem odpowiednio przynależności państwowej, płci, itd. Ponadto cel ten musi być zgodny z prawem, na co zwracał uwagę Trybunał w swoim orzecznictwie, a co jeszcze bardziej zostało podkreślone w definicjach dyskryminacji pośredniej zawartych w dyrektywach 2000/43, 2000/78 oraz 2006/54. Oznacza to m.in., że nie można czynić rozróżnienia ze względu na jedną z cech zabronionych w prawie unijnym lub krajowym[104]. W literaturze przedmiotu te prawnie uzasadnione cele są dzielone na ekonomiczne i społeczne[105] lub też bardziej szczegółowo na związane z pracą, z przedsiębiorstwem bądź interesem publicznym[106]. Pierwsze są definiowane jako te, które są niezbędne dla wykonywania obowiązków związanych z pracą, np. wymóg, aby pracownik posiadał wystarczającą siłę lub sprawność do świadczenia pracy[107]. Z kolei cele związane z przedsiębiorstwem odnoszą się generalnie do jego efektywnego prowadzenia przez pracodawcę, jak choćby warunek odnoszący się do zatrudnienia na cały etat, bo jest to bardziej korzystne dla przedsiębiorstwa jako całości. Wreszcie uzasadnienie oparte na interesie publicznym zwykle ma na uwadze szersze ogólne, w tym społeczne, korzyści, jakie zapewnia dyskryminacyjny środek,

---

[103] Tak m.in. w wyroku z 24 lutego 1994 roku w sprawie M. A. De Weerd, née Roks i inni v. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Gezondheid i inni, C-343/92, ECR 1994, s. I–571, czy też w wyroku z 9 lutego 1999 roku w sprawie Regina v. Secretary of State for Employment, ex parte Nicole Seymour-Smith i Laura Perez, C-167/97, ECR 1999, s. I–623.

[104] Por. M. Wandzel, *Nowy kształt kontratypów dyskryminacji po nowelizacji Kodeksu pracy*, „Monitor Prawa Pracy" 2009, nr 5, s. 232.

[105] Por. szerzej S. O'Leary, op. cit., s. 135 i n.

[106] Tak zwłaszcza T. K. Hervey, *Justifications for Sex Discrimination in Employment*, Londyn–Dublin–Edynburg–Bruksela 1993, s. 68–78. Większość autorów powołuje sie na ten właśnie podział. Por. m.in. I. P. Asscher-Vonk, *Towards One Concept of Objective Justification?*, [w:] *Non -Discrimination Law: Comparative Perspectives*, T. Loenen, R. Rodrigues (red.), Haga–Londyn–Boston 1999, s. 44

[107] T.K. Hervey, *Justifications for Sex Discrimination…*, s. 183

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

np. przyznanie szczególnej pomocy społecznej tylko tym jednostkom, które mają największe potrzeby[108].

Należy jednak zauważyć, że w sprawach związanych z dyskryminacją pośrednią ze względu na przynależność państwową Trybunał dopuszcza jedynie uzasadnienia oparte na interesie publicznym, a zatem państwa członkowskie nie mogą podnosić argumentów o ekonomicznym charakterze dla ochrony krajowego rynku towarów, usługi czy pracy. Natomiast w przypadku dyskryminacji pośredniej ze względu na płeć istnieje możliwość odwoływania się do celów ekonomicznych, ale tylko przez pracodawców[109]. Wydaje się, że wiąże się to z nieco innymi celami, którym służy zakaz dyskryminacji w obu kategoriach spraw. Zdaniem niektórych przedstawicieli doktryny, redystrybutywna funkcja, która nie występuje w ramach polityki rynku wewnętrznego, ale ma duże znaczenie w przypadku dyskryminacji ze względu na płeć, może wymagać zastosowania nieco innego podejścia[110]. Pojawia się jednak ono przede wszystkim w tych sprawach, w których oceniane są środki stosowane przez pracodawców. Dlatego też występująca w tych przypadkach ocena obiektywnego uzasadnienia zostanie przedstawiona w odrębnym punkcie.

1.3.2. Ocena obiektywnego uzasadnienia w sprawach dotyczących środków państw członkowskich

Rozważania dotyczące środków stosowanych przez państwa członkowskie należy rozpocząć od przedstawienia tych, które mają wpływ na korzystanie ze swobód rynku wewnętrznego. Z koncepcji obiektywnego uzasadnienia przyjętej przez Trybunał Sprawiedliwości

[108] Ibidem, s. 184.

[109] Zwraca na to uwagę m.in. C. Barnard, *Gender and Commercial Discrimination…*, s. 73.

[110] Tak zwłaszcza N. Bernard, op. cit., s. 87. Odnośnie do sprawiedliwości dystrybutywnej i jej znaczenia dla uzasadnienia w ramach dyskryminacji pośredniej por. J. Gardner, *Discrimination as Injustice*, „Oxford Journal of Legal Studies" 1996, t. 16, nr 3, s. 360–363 oraz A. J. Morris, *On the Normative Foundations of Indirect Discrimination Law: Understanding the Competing Models of Discrimination Law as Aristotelian Forms of Justice*, „Oxford Journal of Legal Studies" 1995, t. 15, s. 219.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

w tych kategoriach spraw wynika, że w jego ramach można uwzględniać jedynie te cele, interesy, czy też względy obiektywne, które nie są związane z przynależnością państwową[111]. Jednocześnie, podobnie jak w sprawach dotyczących wymogów imperatywnych w ramach swobodnego przepływu towarów, katalog ten nie ma zamkniętego charakteru. Najczęściej sam Trybunał dokonuje oceny legalności wskazywanego uzasadnienia, nie pozostawiając tego aspektu kontroli sądowi krajowemu, co, jak się wydaje, ma służyć zapewnieniu jednolitości stosowania prawa unijnego. Jednakże, badając okoliczności obiektywne, nie dokonuje uogólnień odnoszących się do ich charakteru, ale po prostu część z nich uznaje za wystarczające uzasadnienie, podczas gdy innym odmawia takiego charakteru i w zasadzie nie podaje powodów takiego czy innego stanowiska w tej kwestii. Analiza orzecznictwa dotyczącego dyskryminacji pośredniej ze względu na przynależność państwową pozwala stwierdzić, że do prawnie uzasadnionych celów zostały zaliczone m.in.:

- interes ogólny, związany z zapewnieniem pracownikom zabezpieczenia społecznego[112];
- zapewnienie właściwego zarządzania uniwersytetami[113];
- zapewnienie spójności systemu podatkowego[114];
- bezpieczeństwo nawigacji, narodowa polityka transportowa oraz ochrona środowiska w ramach sektora transportowego[115];
- ochrona mniejszości etniczno-kulturowej zamieszkującej w danym regionie[116];

[111] Por. wyrok z 23 maja 1996 roku w sprawie John O' Flynn v. Adjudication Officer, C-237/94, ECR 1996, s. I–2617.

[112] Wyrok z 3 lutego 1982 roku w sprawie Seco i Desquenne & Giral v. Etablissement d'assurance contre la vieillesse et l'invalidité, sprawy połączone 62 i 63/81, ECR 1981, s. 223.

[113] Wyrok z 2 sierpnia 1993 roku w sprawach Pilar Allué i inni v. Università degli studi di Venezia and Università degli studi di Parma, sprawy połączone C-259/91, C-331/91 i C-332/91, ECR 1993, s. I–4309.

[114] Wyrok z 28 stycznia 1992 roku w sprawie Bachmann v. Belgia, C-204/90, ECR 1992, s. I–249.

[115] Wyrok z 17 maja 1994 roku w sprawie Corsica Ferries Italia Srl v. Corpo dei Piloti del Porto di Genova, C-18/93, ECR 1994, s. I–1783.

[116] Wyrok z 24 listopada 1998 w sprawie postępowanie karne przeciwko Horst Otto Bickel i Ulrich Franz, C-274/96, ECR 1998, s. I–7637, pkt 29.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

– zapewnienie wysokiej jakości opieki medycznej, zrównoważonej i dostępnej dla wszystkich w zakresie, w jakim przyczynia się to do osiągania wysokiego poziomu ochrony zdrowia publicznego[117];
– wspieranie mobilności oraz integracji osób niepełnosprawnych[118].

Jak widać, Trybunał uwzględnia interesy ogólne, nie mające czysto ekonomicznego charakteru, choć aspekt finansowy może zostać w pewnej mierze wzięty pod uwagę, np. w ramach bezpośredniego opodatkowania argument o potrzebie zapewnienia spójności systemu podatkowego[119]. Nie zawsze państwom członkowskim udaje się jednak wykazać, że środki zastosowane dla osiągnięcia jednego z tych celów zgodnych z prawem były proporcjonalne. Nawet jeśli zatem Trybunał uzna dany interes za wystarczające uzasadnienie, to niezgodność z zasadą proporcjonalności może spowodować konieczność zmiany regulacji czy praktyki (będzie o tym szerzej mowa w punkcie rozważań dotyczącym proporcjonalności jako elementu dyskryminacji pośredniej).

Ponadto w wielu sprawach została odrzucona możliwość usprawiedliwienia pośrednio dyskryminujących środków m.in.

– wzrostem wskaźnika urodzeń w danym państwie członkowskim oraz wyeliminowaniem możliwości łączenia podobnych świadczeń, przysługujących na podstawie przepisów różnych państw członkowskich[120];
– potrzebą wyrównania strat ponoszonych przez małe i średnie przedsiębiorstwa[121];

---

[117] Por. m.in. wyrok z 13 kwietnia 2010 roku w sprawie Nicolas Bressol i in. oraz Céline Chaverot i in. v. Gouvernement de la Communauté française, C-73/08, ECR 2010, s. I–2735, pkt 62.

[118] Wyrok z 1 października 2009 roku w sprawie Arthur Gottwald v. Bezirkshauptmannschaft Bregenz, C-103/08, ECR 2009, s. I–9117, pkt 32.

[119] Por. szerzej Ch. Tobler, *Indirect Discrimination…*, s. 245–246.

[120] Wyrok z 12 lipca 1979 roku w sprawie Caisse régionale d'assurance maladie de Lille (CRAM) v. Diamante Palermo, née Toia, 237/78, ECR 1979, s. 2645.

[121] Wyrok z 3 czerwca 1992 roku w sprawie Komisja WE v. Republika Włoska, C-360/89, ECR 1992, s. I–3401.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

– ochroną progresywnego systemu podatkowego[122];
– większymi kosztami czy praktycznymi trudnościami związanymi z wypłatą zasiłku[123];
– obawą nadmiernego obciążenia dla systemu finansowania szkolnictwa wyższego[124].

Trybunał nie bierze zatem pod uwagę takich celów, które służą ochronie indywidualnych interesów państw członkowskich, jak również typowo gospodarczych odnoszących się do danego sektora przedsiębiorstw. Za wystarczająco uzasadnione nie są także uważane takie środki, które są podyktowane różnego rodzaju praktycznymi czy administracyjnymi trudnościami. Należy bowiem pamiętać, że w sprawach dotyczących dyskryminacji pośredniej ze względu na przynależność państwową chodzi o jej wyeliminowanie w celu zapewnienia sprawnego funkcjonowania rynku wewnętrznego. To zaś sprawia, że brane są pod uwagę jedynie interesy o publicznym charakterze, a nie partykularne interesy państw członkowskich.

Nieco inaczej wygląda to w sprawach dotyczących dyskryminacji pośredniej ze względu na płeć, czy też na inne kryteria uregulowane w dyrektywach 2000/43 oraz 2000/78 (wydaje się bowiem, że do tych spraw poprzez analogię można zastosować wnioski płynące z dotychczasowego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości, zwłaszcza jeśli dotyczą one sfery zatrudnienia). W tym zakresie w ramach uzasadnienia środków stosowanych przez państwa członkowskie pojawia się z reguły pojęcie „prawnie uzasadnionego celu polityki społecznej", niezwiązanego z jakąkolwiek dyskryminacją ze względu na płeć. Warto przy tym zauważyć, że na ten cel nie mogą powoływać się pracodawcy, ale służy on jedynie usprawiedliwieniu regulacji krajowych[125].

---

[122] Wyrok z 8 maja 1990 roku w sprawie Klaus Biehl v. Administration des contributions du grand-duché de Luxembourg, C-175/88, ECR 1990, s. I–1779.

[123] Wyrok z 23 maja 1996 roku w sprawie John O' Flynn v. Adjudication Officer, C-237/94, ECR 1996, s. I–2617.

[124] Wyrok z 13 kwietnia 2010 roku w sprawie Nicolas Bressol i in., Céline Chaverot i in. v. Gouvernement de la Communauté française, C-73/08, ECR 2010, s. I–2735, pkt 51.

[125] Por. wyrok z 9 września 1999 roku w sprawie Andrea Krüger v. Kreiskrankenhaus Ebersberg, C-281/97, ECR 1999, s. I–5127, pkt 29–30.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

Jednocześnie Trybunał stawia państwom członkowskim pewne granice w tym zakresie. Przede wszystkim prawnie uzasadniony cel nie może być związany z jakąkolwiek dyskryminacją ze względu na płeć, co oznacza, że ma on odnosić się do innych czynników. W wielu sprawach zbadanie tych okoliczności pozostawia się sądowi krajowemu, a Trybunał udziela mu jedynie niezbędnych wskazówek[126]. W tym względzie podkreśla jednak, że zwykłe uogólnienia dotyczące możliwości pozytywnego wpływu konkretnego środka nie są wystarczające dla wykazania, że cel ocenianej regulacji nie jest związany z jakąkolwiek dyskryminacją ze względu na płeć[127]. Innymi słowy, państwa członkowskie mają dostarczyć przekonywujących, a zarazem dostatecznie konkretnych argumentów, które będą przemawiały na rzecz danego prawnie uzasadnionego celu polityki społecznej. Warto zarazem zauważyć, że pod tym pojęciem kryje się szereg bardziej konkretnych celów realizowanych przez regulacje krajowe. Z orzecznictwa Trybunału wynika, że do tej pory uznał on za prawnie uzasadnione następujące cele państw członkowskich[128]:

- zapewnienie należytego zarządzania wydatkami publicznymi na wyspecjalizowaną opiekę medyczną[129];
- wsparcie zatrudnienia i rekrutacji[130];
- zapewnienie niezależności członków rad pracowniczych, które

---

[126] Por. m.in. wyrok z 9 lutego 1999 roku w sprawie Regina v. Secretary of State for Employment, ex parte Nicole Seymour-Smith i Laura Perez, C-167/97, ECR 1999, s. I–623, czy też wyrok z 10 marca 2005 roku w sprawie Vasiliki Nikoloudi v. Organismos Tilepikoinonion Ellados AE, C-196/02, ECR 2005, s. I–1789, pkt 64.

[127] Tak np. w wyroku w sprawie C-167/97.

[128] Ch. Tobler, *Limits and Potential of the Concept of Indirect Discrimination*, European Commission. Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Unit G2, Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities 2008, s. 34

[129] Wyrok z 6 kwietnia 2000 roku w sprawie Birgitte Jørgensen v. Foreningen af Speciallæger i Sygesikringens Forhandlingsudvalg, C-226/98, ECR 2000, s. I–2447, pkt 40.

[130] Por. m.in. wyrok z 11 września 2003 roku w sprawie Erika Steinicke v. Bundesanstalt für Arbeit, C-77/02, ECR 2003, s. I–9027, pkt 62, czy też wyżej cyt. wyrok w sprawie C-167/97, pkt 71.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

mają za zadanie promowanie harmonijnych stosunków pracy w ramach przedsiębiorstwa[131];
- łagodzenie ograniczeń nakładanych na małe przedsiębiorstwa[132];
- zapewnienie minimalnych środków utrzymania (przyznanie dochodów odpowiadających poziomowi minimum socjalnego)[133];
- osiągnięcie w ramach systemu zabezpieczenia społecznego równowagi między dokonywanymi wpłatami a uzyskiwanymi korzyściami[134];
- potrzeba zapewnienia zatrudnienia w niewielkim wymiarze czasu pracy oraz zwalczania zatrudnienia niezgodnego z prawem[135].

Podobnie, jak w przypadku spraw dotyczących dyskryminacji pośredniej ze względu na przynależność państwową i w tym przypadku mamy do czynienia z otwartym katalogiem, co pozwala Trybunałowi uwzględniać kolejne cele. Nie mogą mieć one jednak czysto ekonomicznego, czy też budżetowego charakteru. W tym względzie Trybunał wielokrotnie podkreślał w swoim orzecznictwie, że względy budżetowe nie mogą stanowić uzasadnienia dyskryminacji ze względu

---

[131] Tak np. w wyroku z 7 marca 1996 roku w sprawie Edith Freers i Hannelore Speckmann v. Deutsche Bundespost, C-278/93, ECR 1996, s. I–1165, czy też w wyroku z 6 lutego 1996 roku w sprawie Kuratorium für Dialyse und Nierentransplantation e.V. v. Johanna Lewark, C-457/93, ECR 1996, s. I–243.

[132] Wyrok z 30 listopada 1993 roku w sprawie Petra Kirsammer-Hack v. Nurhan Sidal, C-189/91, ECR 1993, s. I–6185.

[133] Por. m.in. wyrok z 7 maja 1991 roku w sprawie Komisja WE v. Królestwo Belgii, C-229/89, ECR 1991, s. I–2205; wyrok z 19 listopada 1992 roku w sprawie Jan Molenbroek v. Bestuur van de Sociale Verzekeringsbank, C-226/91, ECR 1992, s. 5943; wyrok z 20 października 2011 w sprawie Waltraud Brachner v. Pensionsversicherungsanstalt, C-123/10, niepubl., dostępny na stronie curia.europa.eu.

[134] Wyrok z 14 grudnia 1995 roku w sprawie Inge Nolte v. Landesversicherungsanstalt Hannover, C-317/93, ECR 1995, s. I–4625, pkt 30 oraz wyrok z 14 grudnia 1995 roku w sprawie Megner i Scheffel v. Innungskrankenkasse Vorderpfalz, C-444/93, ECR 1995, s. I–4741, pkt 26.

[135] Ibidem, wyrok w sprawie C-317/93, pkt 31–32 oraz w sprawie C-444/93, pkt 27.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

na płeć. Słusznie podkreśla przy tym, że przyjęcie ich jako podstawy obiektywnego uzasadnienia doprowadziłoby do sytuacji, w której zakres zastosowania fundamentalnej w prawie wspólnotowym (obecnie unijnym) zasady równego traktowania mężczyzn i kobiet różniłby się w czasie i miejscu stosownie do stanu finansów publicznych państw członkowskich[136]. Warto jednak zauważyć, że jednocześnie Trybunał uwzględnia takie cele, jak: zapewnienie należytego zarządzania wydatkami publicznymi na wyspecjalizowaną opiekę medyczną, czy też minimalnych środków utrzymania, których wysokość i krąg osób uprawnionych do ich utrzymania zależą od zasobów budżetowych państw członkowskich. Trzeba zatem stwierdzić, że chociaż czysto budżetowe czy ekonomiczne względy nie stanowią zgodnego z prawem uzasadnienia dyskryminacji pośredniej ze względu na płeć, to jednak mogą one odgrywać istotną rolę w ramach szerzej zakreślonych celów polityki społecznej państw członkowskich[137]. Innymi słowy, w pewnych przypadkach fundamentalna zasada prawa UE, jaką jest równość, może zostać odsunięta na bok przez państwo członkowskie wskazujące na ważne cele polityki społecznej oraz na ograniczone zasoby budżetowe[138].

1.3.3. Ocena obiektywnego uzasadnienia w sprawach dotyczących środków pracodawców

Jak wyżej wskazano, w sprawach dotyczących środków stosowanych przez pracodawców (ewentualnie usługodawców w przypadku, gdy dyskryminacja pośrednia ma miejsce poza sferą zatrudnienia) w ra-

---

[136] Por. m.in. wyrok z 24 lutego 1994 roku w sprawie M. A. De Weerd, née Roks i inni v. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Gezondheid i inni, C-343/92, ECR 1994, s. I–571, pkt 35–36; wyrok z 6 kwietnia 2000 roku w sprawie Birgitte Jørgensen v. Foreningen af Speciallæger i Sygesikringens Forhandlingsudvalg, C-226/98, ECR 2000, s. I–2447, pkt 39; wyrok z 11 września 2003 roku w sprawie Erika Steinicke v. Bundesanstalt für Arbeit, C-77/02, ECR 2003, s. I–9027, pkt 66–67; wyrok z 23 października 2003 roku w sprawach połączonych Hilde Schönheit v. Stadt Frankfurt am Main oraz Silvia Becker v. Land Hessen, C-4 i 5/02, ECR 2003, s. I–12575, pkt 85.

[137] Tak słusznie Ch. Tobler, *Indirect Discrimination...*, s. 249.

[138] Por. szerzej S. O'Leary, op. cit., s. 169.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

mach prawnie uzasadnionych celów uwzględnia się również te, które mają charakter ekonomiczny. Już w wyroku z 31 marca 1981 roku w sprawie J.P. Jenkins v. Kingsgate (Clothing Productions) Ltd.[139] Trybunał wskazał ogólnie na „względy ekonomiczne, które mogą być obiektywnie uzasadnione". Możliwość powołania się przez pracodawcę na tego typu czynniki została następnie potwierdzona w wyroku z 13 maja 1986 roku w sprawie Bilka – Kaufhaus GmbH v. Karin Weber von Hartz[140]. W pełni wyraz temu, że obiektywne uzasadnienie może mieć ekonomiczny charakter, dał Trybunał w wyroku z 27 października 1993 roku w sprawie Enderby v. Frenchay Health Authority and Secretary of State for Health[141]. Przyjął tam bowiem, że różnice w wynagrodzeniu mogą być obiektywnie uzasadnione sytuacją na rynku pracy, która powoduje, że pracodawca zwiększa wynagrodzenie za konkretną pracę w celu pozyskania do niej kandydatów. Jak już wskazywano w poprzednim rozdziale, to stanowisko było przedmiotem krytyki w doktrynie[142]. Podkreślano m.in., że wyłączenie z koncepcji obiektywnego uzasadnienia sytuacji rynkowej mogłoby znacznie poszerzyć zakres zastosowania zakazu dyskryminacji w praktyce, z korzyścią dla kobiet[143].

Wśród czynników ekonomicznych wyróżnia się **te, które dotyczą samej pracy** oraz przedsiębiorstwa. Jednakże w przypadku tych pierwszych należy brać pod uwagę tylko te pośrednio dyskryminujące wymogi, które są bezpośrednio związane z wykonywaniem konkretnej pracy i rzeczywiście konieczne ze względu na jej specyfikę – pozostałe uzasadnienia powinny być odrzucane jako nieprawdziwe[144].

---

[139] Sprawa 96/80, ECR 1981, s. 911.

[140] Sprawa 170/84, ECR 1986, s. 1607.

[141] C-127/92, ECR 1993, s. I–5535.

[142] Por. szerzej. J. Kentridge, *Direct and Indirect Discrimination after Enderby*, „Public Law" 1994, t. 39, nr 4, s. 205 oraz H. Fenwick, *Indirect Discrimination in Equal Pay Claims: Backward Steps in the European Court of Justice?*, „European Public Law" 1995, t. 1, nr 3, s. 334–335.

[143] T. K. Hervey, *The Future for Sex Equality Law in the European Union*, [w:] *Sex Equality Law in the European Union*, T.K. Hervey, D O'Keeffe (red.), Londyn 1996, s. 406.

[144] Słusznie zwraca na to uwagę T. K. Hervey, *Justifications for Sex Discrimination...*, s. 184.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

Analiza orzecznictwa Trybunału pozwala stwierdzić, że w kontekście czynników związanych z samą pracą największą rolę odgrywają: siła fizyczna, mobilność, szkolenie zawodowe oraz staż pracy, przy czym decydujące znaczenie mają okoliczności faktyczne danej sprawy[145]. W odniesieniu do **siły fizycznej** Trybunał zauważa, że kryterium to może prowadzić do pogorszenia sytuacji kobiet, które nie mogą podjąć pracy pozostającej poza ich możliwościami[146]. Jednakże taka różnica w traktowaniu może zostać obiektywnie uzasadniona przez charakter pracy. Jeśli wymaga ona zastosowania określonej siły fizycznej, zróżnicowanie płacy w zależności od włożonego wysiłku może odpowiadać rzeczywistej potrzebie pracodawcy[147]. Jednocześnie jednak Trybunał zauważa, że system klasyfikacji płacowej musi przewidywać również inne kryteria będące podstawą zróżnicowania wynagrodzenia, co zapewni, że jako całość nie ma on dyskryminacyjnego charakteru. Innymi słowy, chociaż dopuszcza się uzasadnienie nierównego traktowaniu siłą fizyczną, to nie może ona stanowić jedynego i decydującego kryterium. W doktrynie wyrok ten jest przedmiotem krytyki, bowiem zarzuca się Trybunałowi, że zastosował tu typowo męski wzorzec siły fizycznej, do którego przyrównał wysiłek kobiet, nie uwzględniając zarazem ich specyficznej sytuacji[148]. Wskazuje się również, iż Trybunał oparł się na kryterium dotyczącym średniej wydajności jedynie płci męskiej, co może prowadzić do tego, że użycie subiektywnie tego samego wysiłku przez kobietę jest niżej wynagradzane, niż w przypadku mężczyzn[149]. Ogólnie należy jednak zauważyć, że możliwość uzasadnienia pośrednio dyskryminujących praktyk przy zatrudnianiu lub wynagradzaniu wymogiem odnoszącym się do siły fizycznej ma ograniczać się do sytuacji, gdy wykonywanie określonej pracy rzeczywiście wiąże się z jej użyciem. Jeśli zatem pracodawca w trakcie rekrutacji

---

[145] Por. M. Wandzel, *Czy można usprawiedliwić dyskryminację pośrednią*..., s. 249.

[146] Por. wyrok z 1 lipca 1986 roku w sprawie Gisela Rummler v. Dato-Druck GmbH, 237/85, ECR 1986, s. 2101, pkt 24.

[147] Ibidem.

[148] Tak np. S. Fredman, *European Community Discrimination Law: A Critique*, „Industrial Law Review" 1992, t. 21, nr 2 s. 122–123.

[149] M. Wandzel, *Czy można usprawiedliwić dyskryminację pośrednią* ..., s. 244.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

stosuje test związany z przenoszeniem ciężarów, podczas gdy praca w ogóle tego nie wymaga bądź jedynie okazjonalnie, wówczas mamy do czynienia z nieuzasadnioną dyskryminacją pośrednią[150].

Pozostałe kryteria nie są już tak silnie powiązane z męskim wzorcem i mają bardziej obiektywny charakter. **Mobilność (inaczej elastyczność, dyspozycyjność) i stopień wyszkolenia zawodowego** były przedmiotem oceny w wyroku z 17 października 1989 roku w sprawie Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark v. Dansk Arbejdsgiverforening (Danfoss)[151]. Trybunał uznał tam, że kryterium dyspozycyjności rozumiane jako dostosowanie się do zróżnicowanych godzin i miejsc pracy może stanowić uzasadnienie istniejących faktycznie różnic w wynagrodzeniu, jeżeli pracodawca wykaże, że ma to znaczenie dla wykonywania zadań powierzonych pracownikowi. Warto zauważyć, że takie stanowisko zostało przyjęte mimo ogólnego spostrzeżenia, iż kryterium to „działa na niekorzyść kobiet, bowiem z uwagi na ich obowiązki domowe i rodzinne nie są w stanie zorganizować swojego czasu pracy w elastyczny sposób"[152]. Należy zatem stwierdzić, że jeśli pracodawca wykaże, że wykonywanie określonej pracy wymaga dyspozycyjności, czyli dostosowania się do różnego czasu i miejsca pracy, to może ona stanowić obiektywne uzasadnienie. Natomiast nie będzie nim wymóg odnoszący się ogólnie do elastyczności zatrudnianych pracowników[153].

Podobny pogląd wyraził Trybunał w odniesieniu do **stopnia wyszkolenia zawodowego** – pracodawca może uzależnić od niego wysokość wynagrodzenia, jeśli wykaże, że ma ono znaczenie dla wykonywania specyficznych zadań powierzonych pracownikowi. Należy zatem stwierdzić, że nie nakazał sądowi krajowemu zbadania, czy wskazywane przez pracodawcę kryteria odpowiadały jego rzeczywistym potrzebom i czy nie istniały inne, mniej dyskryminacyjne sposoby osiągnięcia wskazywanych przez niego celów[154]. Podszedł zatem

---

[150] Por. szerzej T. K. Hervey, *Justifications for Sex Discrimination..*, s. 187.

[151] Sprawa 109/88, ECR 1989, s. 3199.

[152] Ibidem, pkt 21.

[153] Por. szerzej T. K. Hervey, *Justifications for Sex Discrimination..*, s. 68–69.

[154] Tak słusznie A. Arnull, *The European Union and Its Court…*, s. 573–574. Por.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

dość elastycznie do wymogu proporcjonalności, dając tym samym przewagę ekonomicznym interesom pracodawców nad zapewnieniem faktycznej równości wynagrodzeń kobiet i mężczyzn. Tymczasem w przypadku powołania się na osobiste kwalifikacje pracownika należałoby zbadać, czy są one ściśle konieczne do wykonywania danej pracy, tylko wtedy bowiem będziemy mieli do czynienia z rzeczywistą próbą pogodzenia interesów obu stron.

Dość niekorzystne dla kobiet stanowisko zajął w omawianym wyroku w sprawie *Danfoss* w stosunku do **stażu pracy**. Uznał bowiem, że pracodawca nie musi przedstawiać szczególnego uzasadnienia w odniesieniu do tego kryterium, z tego względu, że łączy się ono z doświadczeniem, które generalnie pozwala pracownikom lepiej wykonywać ich obowiązki[155]. Z rozstrzygnięcia tego wynikało zatem, że pracodawcy mogli ustalać wyższe dodatki dla mężczyzn z dłuższym stażem, nie stwierdzając, czy większe doświadczenia z tym związane przekłada się na jakość ich pracy[156]. Na szczęście Trybunał miał sposobność zrewidowania swojego stanowiska w tym zakresie w późniejszym orzecznictwie. Już w wyroku z 7 lutego 1991 roku w sprawie Helga Nimz v. Freie und Hansestadt Hamburg[157] wskazał, że chociaż doświadczenie pozostaje w związku ze stażem pracy, to jednak obiektywność takiego kryterium zależy od wszystkich okoliczności konkretnego przypadku, a zwłaszcza od relacji między charakterem wykonywanej pracy oraz doświadczeniem zdobytym dzięki świadczeniu tej pracy. Ostateczna ocena uzasadnienia pracodawcy miała należeć do sądu krajowego, jednakże uzyskał on wyraźną wskazówkę co do tego, że ani staż pracy, ani też doświadczenie nie mogą być automatycznie uznawane za kryteria uzasadniające zróżnicowane traktowanie. Należy bowiem rozpatrywać je z uwzględnieniem indywidualnego charakteru danej sprawy, a zwłaszcza sprawdzić, czy staż pracy i doświadczenie rzeczy-

---

też G. Beck, *The State of EC Anti-Sex Discrimination Law and the Judgment in Cadman or How the Legal Can Become the Political*, „European Law Review" 2007, t. 32, nr 4, s. 552.

[155] Pkt 24 i 25 wyroku w sprawie 109/88.

[156] A. Arnull, op. cit., s. 574.

[157] C-184/89, ECR 1991, s. I–297.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

wiście mają wpływ na jakość wykonywanej pracy. Podobnie w wyroku z 17 czerwca 1998 roku w sprawie Kathleen Hill i Ann Stapleton v. The Revenue Commissioners and Department of Finance[158] Trybunał uznał, że ocena relacji między wymiarem czasu pracy a zdobytym doświadczeniem zawodowym należy do sądu krajowego.

Te jednak potrzebują bardziej precyzyjnych wskazówek płynących z Luksemburga, na co wskazuje wyrok z 3 października 2006 roku w sprawie B.F. Cadman v. Health & Safety Executive[159]. Trybunał Sprawiedliwości zajął w nim jednak dość zaskakujące stanowisko, krytykowane przez doktrynę, głównie z tego względu, że zamiast potwierdzić zmianę linii orzeczniczej, jaka dokonała się w takich wyrokach, jak *Nimz* czy *Hill i Stapleton*, powrócił do poglądów wyrażonych w wyroku w sprawie *Danfoss*[160]. Stwierdził bowiem, iż:

> z uwagi na to, że odwołanie do kryterium stażu pracy jest co do zasady właściwe dla osiągnięcia słusznego celu, jakim jest nagradzanie

---

[158] C-243/95, ECR 1998, s. I–3739.

[159] C-17/05, ECR 2006, s. I–9583. W tej sprawie sąd brytyjski miał wątpliwości, czy orzecznictwo Trybunału odeszło od ustalenia, które Trybunał poczynił w wyżej wymienionym wyroku w sprawie Danfoss, iż „pracodawca nie musi w sposób szczególny uzasadniać odwołania się do kryterium stażu pracy". Jego zdaniem późniejsze wyroki wskazywałyby na pewien zwrot w orzecznictwie Trybunału. Dlatego też postępowanie krajowe zostało zawieszone, a sąd zadał następujące pytania wstępne:

„1) Czy w sytuacji, w której zastosowanie przez pracodawcę kryterium stażu pracy jako czynnika wpływającego na wysokość wynagrodzenia powoduje zasadniczo odmienne skutki w odniesieniu do odpowiednich pracowników płci męskiej i żeńskiej, art. 141 TWE nakłada na pracodawcę obowiązek szczególnego uzasadnienia zastosowania takiego kryterium? Jeżeli odpowiedź zależy od okoliczności, to jakie są to okoliczności?

2) Czy odpowiedź na poprzednie pytanie byłaby inna w sytuacji, w której pracodawca stosuje kryterium stażu pracy do pracowników w indywidualnych przypadkach w taki sposób, że ocenia się zakres, w jakim dłuższy staż pracy uzasadnia wyższy poziom wynagrodzenia?

3) Czy można dokonać jakiegoś odpowiedniego rozróżnienia między zastosowaniem kryterium stażu pracy do pracowników zatrudnionych w niepełnym wymiarze czasu pracy a zastosowaniem tego kryterium do pracowników zatrudnionych w pełnym wymiarze czasu pracy?" (pkt 25 wyroku).

[160] Por. szerzej G. Beck, op. cit., s. 558 i n.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

zdobytego doświadczenia, które umożliwia pracownikowi lepiej wykonywać powierzone mu obowiązki, pracodawca nie musi szczególnie wykazywać, że odwołanie do tego kryterium jest właściwe dla osiągnięcia wspomnianego celu w zakresie danego stanowiska pracy, chyba że pracownik przedstawi informacje mogące rodzić poważne wątpliwości w tym względzie[161].

Wynika zatem z tego, że generalnie pracodawca nie musi przedstawiać szczególnego uzasadnienia w odniesieniu do kryterium stażu pracy, ale będzie to czynił wyjątkowo, jeśli pracownik wskaże, że odwołanie się do niego nie jest właściwe, biorąc pod uwagę okoliczności faktyczne sprawy. Mamy tu zatem do czynienia z pewną zmianą w zakresie reguł dowodzenia, jakie występują w sprawach dotyczących dyskryminacji pośredniej Klasycznie bowiem wygląda to tak, że jeśli pracownik wykaże negatywny wpływ danego środka na grupę chronioną, do której przynależy, następuje odwrócenie ciężaru dowodu i pracodawca stara się dowieść, że mamy do czynienia z obiektywnym uzasadnieniem. Tymczasem w omawianym wyroku Trybunał wskazuje, że pracodawca jedynie odwołuje się do kryterium staży pracy i nie przeprowadza szczegółowego uzasadnienia, ale za to pracownik ma wykazać, że nie jest to właściwe dla osiągnięcia słusznego celu, jakim jest nagradzanie zdobytego doświadczenia. Z pewnością nie jest to słuszne rozwiązanie, bowiem całość okoliczności związanych z obiektywnym uzasadnieniem oraz zgodnością z wymogami proporcjonalności powinna być wykazywana przez pracodawcę.

Należy również zwrócić uwagę na to, że w omawianym wyroku Trybunał nie określa stażu pracy jako celu zgodnego z prawem, ale wskazuje, iż stanowi on środek właściwy do osiągnięcia innego słusznego celu, jakim jest nagradzanie zdobytego doświadczenia. Jest to bardziej trafne stanowisko, bowiem w istocie odwołanie się do tego kryterium może stanowić jedynie jeden ze sposobów uwzględnienia przez pracodawcę doświadczenia pracownika, które z kolei umożli-

[161] Pkt 40 wyroku w sprawie 17/05.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

wia mu lepiej wykonywać powierzone mu obowiązki. To, czy jest to środek właściwy, będzie zależało od okoliczności danego przypadku. Nie zawsze bowiem zachodzi tu prosta zależność: staż – doświadczenie – lepsza jakość świadczonej pracy, na którą tak dużą uwagę zwraca Trybunał Sprawiedliwości[162].

Z kolei wśród czynników ekonomicznych **związanych z samym przedsiębiorstwem** należy wskazać przede wszystkim na jego ekonomiczną efektywność oraz na sytuację na rynku pracy. Chodzi zatem o szerokie ekonomiczne potrzeby przedsiębiorcy, a nie wymogi odnoszące się do konkretnej pracy. Klasycznym przykładem rozstrzygnięcia, w którym podnoszono te zagadnienia, jest wyrok z 13 maja 1986 roku w sprawie Bilka – Kaufhaus GmbH v. Karin Weber von Hartz[163], gdzie powód twierdził, że wykluczenie pracowników pracujących w niepełnym wymiarze z systemu świadczeń emerytalnych oparte było na obiektywnie uzasadnionych ekonomicznych przesłankach, związanych z prowadzeniem jego przedsiębiorstwa. Podkreślał m.in., że zatrudnienie w pełnym wymiarze łączy się z mniejszymi dodatkowymi kosztami i pozwala na użycie personelu przez cały czas otwarcia sklepu. Trybunał wskazał wówczas, że sąd krajowy powinien mieć na uwadze to, czy środki zastosowane przez powoda odpowiadają rzeczywistej potrzebie przedsiębiorstwa, są odpowiednie do osiągnięcia zamierzonego celu, są konieczne do tego celu. Należy bowiem zauważyć, że w przypadku tego typu uzasadnienia istotne znaczenie ma wyważenie interesów pracodawcy i pracowników, mając na uwadze z jednej strony, koszty ponoszone przez tego pierwszego w celu wyeliminowania dyskryminacji, a z drugiej, potrzebę wyeliminowania różnego rodzaju stereotypów związanych z płcią oraz zapewnienia równych szans dla kobiet i mężczyzn w sferze zatrudnienia[164]. Dlatego też w ramach oceny czynników związanych z przedsiębiorstwem dużą rolę powinna odgrywać zasada proporcjonalności i to sam przed-

---

[162] Por. szerzej G. Beck, op. cit., s. 559.

[163] Sprawa 170/84, ECR 1986, s. 1607.

[164] Por. szerzej T. K. Hervey, *Justifications for Sex Discrimination…*, s. 184 oraz 210.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

siębiorca powinien wykazać, że zastosowany przez niego środek jest proporcjonalny do wskazywanej potrzeby, a sądy krajowe dokonując kontroli powinny mieć na uwadze obowiązujące regulacje antydyskryminacyjne[165].

W doktrynie krytykuje się stanowisko Trybunału wyrażone w takich sprawach, jak *Bilka* czy *Enderby*, gdzie generalnie dopuścił możliwość uzasadnienia dyskryminujących praktyk dotyczących wynagrodzenia sytuacją na rynku pracy. Wskazuje się nawet, że uwzględnianie przez Trybunał czynników ekonomicznych w ramach obiektywnego uzasadnienia stanowi największą słabość koncepcji dyskryminacji pośredniej, skoro ekonomiczne potrzeby pracodawcy mogą przeważyć nad prawem do równego traktowania[166]. Istnieje zatem ryzyko, że zostaną utrzymane dotychczasowe praktyki o dyskryminacyjnym charakterze. Dlatego też postuluje się, aby wyeliminować z obiektywnego uzasadnienia przynajmniej te czynniki, które mają czysto ekonomiczny charakter, oraz brać pod uwagę cele społeczne zakazu dyskryminacji pośredniej w procesie ważenia różnych interesów[167]. W każdym razie pracodawcy, czy też usługodawcy nie powinni odnosić korzyści z dyskryminacyjnego traktowania. Zwraca na to uwagę sam Trybunał Sprawiedliwości, wskazując, że pracodawca nie może usprawiedliwiać dyskryminacji, jedynie na tej podstawie, iż jej wyeliminowanie wiązałoby się ze zwiększeniem jego kosztów[168]. Oznacza, to, że „rzeczywista potrzeba pracodawcy", na którą wskazał już w wyroku w sprawie *Bilka*, nie obejmuje zwykłej ekonomicznej opłacalności wynikającej ze stosowania dyskryminacyjnych praktyk.

---

[165] Ibidem, s. 201.

[166] Por. E. Ellis, *EC Sex Equality Law*, Oxford 1998, s. 323. Autorka podkreśla również, że argument ekonomiczny w ramach obiektywnego uzasadnienia jest moralnie nie do zaakceptowania (s. 327).

[167] Tak m.in. Ch. Tobler, *Indirect Discrimination…*, s. 252.

[168] Wyrok z 17 czerwca 1998 roku w sprawie Kathleen Hill i Ann Stapleton v. The Revenue Commissioners i Department of Finance, C-243/95, ECR 1998, s. I–3739, pkt 40.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

1.4. Proporcjonalność środków służących realizacji celu zgodnego z prawem

1.4.1. Wprowadzenie

Ważnym elementem występującym w ramach koncepcji dyskryminacji pośredniej jest proporcjonalność. Jak bowiem zauważył rzecznik generalny Cosmas w swojej opinii z 16 maja 2000 roku w sprawie Republika Włoska v. Komisja WE[169]:

> […] kiedykolwiek pojawia się kwestia określenia, czy mamy do czynienia z dyskryminacją pośrednią, proporcjonalność danego postanowienia musi być oceniana w relacji do prawnie uzasadnionego celu, dla którego zostało ono przyjęte. Taka ocena nie powinna być przy tym postrzegana wyłącznie jako część uzasadnienia dyskryminacji pośredniej, ale należy ją uznać za element rozumowania prowadzącego do stwierdzenia dyskryminacji[170].

Należy przy tym zauważyć, że proporcjonalność odgrywa istotną rolę w zakresie wyważenia, czy też pogodzenia dwóch racji: tej, która jest związana ze zwalczaniem dyskryminacji, oraz tej, która ma na uwadze inny interes, często o ogólnym, publicznym charakterze[171]. Stanowi zatem skuteczne narzędzie służące ocenie uzasadnienia i ta funkcja sprawia, że przyczynia się ona do osiągania ogólnych celów prawa antydyskryminacyjnego[172].

Potwierdza to Trybunał Sprawiedliwości w swoim orzecznictwie, wskazując, że proporcjonalność wymaga, by każde ograniczenie prawa podmiotowego w możliwie najwyższym stopniu godziło wymogi

---

[169] C-361/98, ECR 2001, s. I–385.

[170] Ibidem, pkt 32 opinii.

[171] Por. szerzej S. Leader, *Proportionality and the Justification of Discrimination*, [w:] *Discrimination Law: Concepts, Limitations and Justifications*, J. Dine, B. Watt (red.), Londyn 1996, s. 110.

[172] T. K. Hervey, *Justifications for Sex Discrimination..*, s. 178.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

równego traktowania z realizowanym celem[173]. W ramach koncepcji dyskryminacji pośredniej pojawia się zatem jedna z typowych funkcji tej zasady, jaką jest wyznaczenie granic naruszenia praw podstawowych[174].

Proporcjonalność w szerokim znaczeniu obejmuje trzy kryteria, czy też elementy: odpowiedniości, który zajmuje się kwestią, czy dzięki danemu środkowi zostanie osiągnięty zamierzony cel; konieczności, który służy ocenie, czy środek powoduje najmniejszą możliwą szkodę dla jednostek oraz proporcjonalności *sensu stricto*, który obejmuje zbadanie, czy korzyści wynikające z podjęcia danego środka przeważają nad kosztami finansowymi, społecznymi lub innymi dla obywateli[175]. Takie ujęcie wystąpiło, np. w wyroku z 13 listopada 1990 roku w sprawie The Queen v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food and Secretary of State for Health (Fedesa)[176] dotyczącym wspólnej polityki rolnej. Trybunał zauważył tam, że:

> Zgodnie z zasadą proporcjonalności legalność zakazu działalności gospodarczej podlega ocenie z punktu widzenia warunku, iż środki są odpowiednie i konieczne do osiągnięcia celów wskazanych w przepisach prawnych; należy to rozumieć w ten sposób, że jeśli istnieje wybór mię-

[173] Por. m.in. wyrok z 19 marca 2002 roku w sprawie Lommers v. Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij, C–476/99, ECR 2002, s. I–2891, pkt 39 czy też wyrok z 22 listopada 2005 roku w sprawie Werner Mangold v. Rüdiger Helm, C-144/04, ECR 2005, s. I–9981, pkt 65.

[174] H. Kutscher, *Zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Recht der Europäischen Gemeinschaften*, [w:] *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in europäischen Rechtsordungen*, H. Kutscher (red.), Heidelberg 1985, s. 94. Podobnie G. Hirsch, *Das Verhältnismäßigkeitsprinzip im Gemeinschaftsrecht*, Referat im Rahmen der Vortragsreihe „Grundfragen der Europäischen Rechtsordnung", Bonn 1997, s. 17, który nazywa proporcjonalność „ograniczeniem ograniczeń" (niem. *Schranken-Schranke*) praw podstawowych.

[175] Por. w tym zakresie G. Gerapetritis, *The Application of Proportionality in Administrative Law: Judicial Review in France, Greece, England and in the European Community*, Thesis submitted in partial fulfilment of the requirements for the degree of D.Phil. in Law at the University of Oxford, November 1995, s. 8. Podobnie F. G. Jacobs, *Recent Developments in the Principle of Proportionality in European Community Law*, [w:] *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, E. Ellis (red.), Oxford 1999, s. 1.

[176] C-331/88, ECR 1990, s. I–4023.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

dzy kilkoma odpowiednimi środkami należy zastosować ten, który jest najmniej uciążliwy, a niekorzystne skutki, które on za sobą pociąga, nie mają być nieproporcjonalne do wskazanego celu[177].

W rezultacie, stosując zasadę proporcjonalności w jej najszerszej wersji, Trybunał ustala:

- czy badany środek jest odpowiednią metodą do osiągnięcia prawnie uzasadnionego celu?
- czy zastosowane środki ograniczają się do tego, co jest konieczne do osiągnięcia owego prawnie uzasadnionego celu (innymi słowy, czy istniała możliwość osiągnięcia tego celu przy zastosowaniu mniej uciążliwych środków)?
- czy poniesione koszty bądź nałożone ograniczenia są do przyjęcia w porównaniu z osiągniętym celem?[178].

Jednakże w niektórych sprawach Trybunał nie odnosi się do wszystkich trzech kryteriów proporcjonalności, a wskazuje jedynie na odpowiedniość i konieczność. Dotyczy to również zagadnień związanych z dyskryminacją pośrednią zarówno ze względu na przynależność państwową, jak i płeć. W rezultacie definicje dyskryminacji pośredniej zawarte w dyrektywach 2000/43, 2000/78, 2004/113 oraz 2006/54 również odnoszą się tylko do wymogów odpowiedniości i konieczności[179]. W doktrynie wyrażany jest jednak pogląd, że wprawdzie kryterium proporcjonalności *sensu stricto* nie pojawia się wprost w ramach formuły dyskryminacji pośredniej, ale Trybunał uwzględnia je

[177] Ibidem, pkt 13. Podobne ujęcie zostało zastosowane przez Trybunał w wyroku z 11 lipca 1989 r. w sprawie Hermann Schräder HS Kraftfutter GmbH & Co. KG v. Hauptzollamt Gronau, 265/87, ECR 1989, s. 2237 oraz wyroku z 26 czerwca 1990 r. w sprawie Vincenzo Zardi v. Consorzio agrario provinciale di Ferrara, C-8/89, ECR 1990, s. I–2515.

[178] Tak etapy badania proporcjonalności przedstawiają M. Brealey, M. Hoskins, *Remedies in EC Law*, London 1998, s. 28, czy też G. de Búrca, *The Principle of Proportionality and its Application in EC Law*, „Yearbook of European Law" 1993, t. 13, s. 113.

[179] W polskiej wersji dyrektyw nie zachowano, niestety, jednolitości terminologicznej. I tak, w dyrektywie 2000/43 występują terminy „odpowiednie i konieczne" , w dyrektywie 2000/78 „właściwe i konieczne", a w dyrektywach 2004/113 i 2006/54 „właściwe i niezbędne". Należy jednak zauważyć, że w każdym z aktów prawnych chodzi o te same kryteria.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

przynajmniej w niektórych sprawach[180]. Jak bowiem zauważył rzecznik generalny Colomer w opinii z 24 stycznia 2008 roku w sprawach połączonych Michaeler i inni[181]:

> potrójny test proporcjonalności stanowi właściwy instrument rozwiązania problemu; dyskryminacja musi być odpowiednia, niezbędna oraz proporcjonalna w wąskim tego słowa znaczeniu. Dzięki ocenie spełnienia tych trzech kryteriów, która powinna być przeprowadzona etapowo, nie zaś jednocześnie, analiza równego traktowania staje się bardziej przejrzysta i powoduje większą pewność prawa[182].

Podobnie rzecznik generalna Verica Trstenjak w swojej opinii z 16 czerwca 2011 roku w sprawie Waltraud Brachner v. Pensionsversicherungsanstalt[183] podkreśliła, że po sprawdzeniu, czy mamy do czynienia z celem zgodnym z prawem, należy ustalić, czy zastosowane środki są odpowiednie, konieczne i proporcjonalne w wąskim znaczeniu tego słowa. Wskazała przy tym, że:

> zgodnie z orzecznictwem Trybunału środek jest odpowiedni do osiągnięcia zamierzonego celu, jeżeli rzeczywiście służy temu, by w sposób spójny i systematyczny dany cel osiągnąć. Dany środek jest konieczny, jeśli spośród wielu środków odpowiednich do osiągnięcia zamierzonego celu jest tym, który jest najmniej obciążający dla danego interesu lub danego dobra prawnego. Nieproporcjonalne ograniczenie prawa do równego traktowania zachodzi wówczas, gdy środek krajowy pomimo swojego wkładu w osiągnięcie celu leżącego w powszechnym interesie prowadzi do zbyt daleko idącej ingerencji w prawo do równego traktowania[184].

Należy jednak zauważyć, że mimo odwoływania się do tych samych wymogów, ich kontrola nie jest przeprowadzana z taką samą

---

[180] Por. Ch. Tobler, *Indirect Discrimination...*, s. 242 i cyt. tam literaturę.
[181] Sprawy połączone C-55/07 i C-56/07, ECR 2008, s. I–3135
[182] Ibidem, pkt 37 opinii.
[183] C-123/10, niepubl., dostępna na stronie curia.europa.eu.
[184] Ibidem, pkt 81 opinii.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

intensywnością. W rezultacie w orzecznictwie występują różne testy proporcjonalności, również w sprawach dotyczących dyskryminacji pośredniej. Główny wpływ na intensywność przeprowadzanej kontroli ma to, w jakim obszarze przyjęto dany środek i kto to uczynił. Dlatego też w kolejnych punktach zostanie przedstawiona ocena proporcjonalności środków stosowanych przez państwa członkowskie w sprawach odnoszących się do dyskryminacji pośredniej ze względu na przynależność państwową i na płeć oraz środków stosowanych przez podmioty prywatne (pracodawców lub usługodawców).

1.4.2. Ocena proporcjonalności w sprawach dotyczących dyskryminacji pośredniej ze względu na przynależność państwową

Środki państw członkowskich, które prowadzą do dyskryminacji pośredniej ze względu na przynależność państwową, podlegają dość wnikliwej analizie ze strony Trybunału Sprawiedliwości. Należy to wiązać z faktem, iż w tym przypadku proporcjonalność służy ocenie środków krajowych ograniczających podstawowe swobody rynku wewnętrznego[185]. Trybunał dokonuje tu zatem wyważenia interesu unijnego z interesem krajowym, np. swobody przepływu osób z zapewnieniem spójności systemu podatkowego danego państwa. W takich przypadkach zasada proporcjonalności pełni rolę instrumentu integracji rynków państw członkowskich, stąd też mamy do czynienia z intensywną kontrolą stosowanych przez nie środków[186]. W niektórych sprawach przyjmuje ona wprost postać testu „najmniej restrykcyjnego środka", a zatem Trybunał wskazuje, że istniały inne sposoby osiągnięcia prawnie uzasadnionego celu, mniej ograniczające prawo do równego traktowania.

Na przykład, w wyroku z 5 grudnia 1989 roku w sprawie Komisja WE v. Republika Włoska[187] stwierdził wprost, że „w celu ochrony

[185] Por. J. Maliszewska-Nienartowicz, *Zasada proporcjonalności w prawie Wspólnot Europejskich*, Toruń 2007, s. 96.

[186] Tak T. Tridimas, *The Principle of Proportionality in Community Law: from the Rule of Law to Market Integration*, „The Irish Jurist" 1996, t. 31, s. 85.

[187] Sprawa 3/88, ECR 1989, s. 4035.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

poufności niektórych danych rząd mógł podjąć mniej restrykcyjne środki, zwłaszcza przez nałożenie na personel danych przedsiębiorstw obowiązku zachowania tajemnicy". Podobnie w wyroku z 2 sierpnia 1993 roku w sprawach Pilar Allué i inni v. Università degli studi di Venezia and Università degli studi di Parma[188] uznał przepisy włoskie ograniczające do jednego roku okres zatrudnienia lektorów języków obcych na uniwersytecie (z możliwością późniejszego przedłużania umowy o pracę co roku, ale maksymalnie na dalsze pięć lat) za sprzeczne z zasadą proporcjonalności. Wskazał bowiem, że w przypadku wystąpienia takich okoliczności, jak spadek liczby studentów zapisujących się na zajęcia, mniejsze znaczenie znajomości danego języka w państwie członkowskim, czy też po prostu brak dostatecznych środków finansowych na opłacenie lektorów, wystarczyłoby dokonać wypowiedzenia umowy i taki środek byłby mniej restrykcyjny dla swobody przepływu pracowników[189].

W innych sprawach nie odnosi się wprost do testu najmniej restrykcyjnego środka, ale stwierdza jego nieproporcjonalny charakter, ze względu na istnienie alternatywnych możliwości osiągnięcia prawnie uzasadnionego celu. Tak było, np. w wyroku z 6 czerwca 2000 roku w sprawie Roman Angonese v. Cassa di Risparmio di Bolzano SpA[190], która dotyczyła warunków przewidzianych w procesie rekrutacji na stanowisko w ramach przedsiębiorstwa bankowego – Cassa di Risparmio. Jedynym z wymogów przystąpienia do konkursu było przedstawienie certyfikatu potwierdzającego znajomość dwóch języków (niemieckiego i włoskiego) wydanego przez władze publiczne prowincji Bolzano. Trybunał podkreślił najpierw, że zgodnie z utrwalonym już orzecznictwem regulacje traktatowe dotyczące dyskryminacji ze względu na przynależność państwową odnoszą się nie tylko do państw członkowskich, ale również do podmiotów prywatnych, takich jak pozwana spółka[191]. Następnie zaś stwierdził, że wprawdzie wymóg, aby kandydat na dane stanowisko miał określony poziom

[188] Sprawy połączone C-259/91, C-331/91 i C-332/91, ECR 1993, s. I–4309
[189] Ibidem, pkt 18.
[190] C-281/98, ECR 2000, s. I–4139.
[191] Ibidem, pkt 31–36.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

znajomości języka, może być uznany za zgodny z prawem, a posiadanie certyfikatu stanowi podstawę dla jego oceny, jednakże brak możliwości potwierdzenia wymaganej znajomości języka przy pomocy innych środków, w szczególności przez wykazanie się równoważnymi kwalifikacjami uzyskanymi w innych państwach członkowskich, należy uznać za nieproporcjonalny w stosunku do zamierzonego celu[192]. W tym przypadku Trybunał wskazał zatem na środek alternatywny, jaki jego zdaniem stanowiły kwalifikacje uzyskane w innych krajach członkowskich.

Wreszcie mamy do czynienia z takimi rozstrzygnięciami, w których Trybunał po prostu stwierdza, że dany warunek wykracza poza zakres konieczny do osiągnięcia zamierzonego celu i nie podaje innych możliwych do zastosowania środków. Na przykład, w wyroku z 15 września 2005 roku w sprawie Office national de l'emploi v. Ioannis Ioannidis[193] stwierdził, że:

> sam tylko warunek dotyczący miejsca uzyskania świadectwa ukończenia nauki w szkole średniej ma charakter zbyt ogólny i wyłączny. Uprzywilejowuje on w sposób niesłuszny jedną okoliczność, która może nie być reprezentatywna dla rzeczywistego stopnia powiązania osoby ubiegającej się o zasiłek z geograficznie określonym rynkiem pracy, wykluczając wszelkie inne elementy reprezentatywne dla tego powiązania. Warunek ten wykracza tym samym poza zakres konieczny do osiągnięcia zamierzonego celu[194].

Jak widać, w większości spraw to sam Trybunał dokonuje oceny proporcjonalności środków stosowanych przez państwa członkowskie oraz podmioty prywatne, które mają pośrednio dyskryminujący charakter w stosunku do obywateli z innych państw członkowskich. Jego podejście do wymogów wynikających z zasady proporcjonalności jest dość rygorystyczne, co z reguły skutkuje orzekaniem o naruszе-

[192] Ibidem, pkt 44.
[193] C-258/04, ECR 2005, s. I–8275.
[194] Ibidem, pkt 31.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

niu przepisów unijnych dotyczących zakazu dyskryminacji ze względu na przynależność państwową. Trybunał tylko wyjątkowo uznaje zgodność takich środków z zasadą proporcjonalności. Na przykład, w wyroku z 28 stycznia 1992 roku w sprawie Bachmann v. Belgia[195] stwierdził, że spójności systemu podatkowego nie da się osiągnąć przy pomocy mniej restrykcyjnych środków, m.in. poprzez zobowiązanie ubezpieczyciela z innego państwa do zapłaty podatków. Rozwiązaniem problemu mogłoby być jedynie zawarcie stosownych umów dwustronnych między państwami członkowskimi lub też przyjęcie odpowiednich środków harmonizacyjnych przez Wspólnotę. W rezultacie Trybunał wskazał, że:

> w obecnym stanie prawa wspólnotowego nie jest możliwe zapewnienie spójności takiego sytemu podatkowego poprzez podjęcie środków, które są mniej restrykcyjne, niż te, jakie zastosowano w rozstrzyganej sprawie [...] należy zatem stwierdzić, że w odniesieniu do ubezpieczeń emerytalnych i ubezpieczeń na życie regulacje belgijskie są uzasadnione potrzebą zapewnienia spójności systemu podatkowego, którego są częścią i dlatego też nie są one sprzeczne z art. 48 Traktatu[196].

W tym przypadku zatem zarówno spójność systemu podatkowego została uznana za cel zgodny z prawem, jak i zastosowane środki za odpowiednie i konieczne – w każdym razie Trybunał nie znalazł dla nich żadnej alternatywy, w mniejszym stopniu ograniczającej swobodę przepływu osób.

Podobnie było w wyroku z 1 października 2009 roku w sprawie Arthur Gottwald v. Bezirkshauptmannschaft Bregenz[197], w którym stwierdził, że nie pozostaje w sprzeczności z zakazem dyskryminacji pośredniej ze względu na przynależność państwową regulacja austriacka ograniczająca przyznanie nieodpłatnej winiety rocznej dla osób niepełnosprawnych mających miejsce zamieszkania lub miej-

---

[195] C-204/90, ECR 1992, s. I–249.
[196] Ibidem, pkt 27–28.
[197] C-103/08, ECR 2009, s. I–9117.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

sce stałego pobytu na terytorium danego państwa członkowskiego. Zdaniem Trybunału taki przepis zmierza do ułatwienia regularnego przemieszczania się po terytorium austriackim osób niepełnosprawnych w celu ich zintegrowania ze społeczeństwem krajowym, a zatem miejsce zamieszkania lub stałe miejsce pobytu wydają się kryteriami właściwymi dla ustalenia istnienia związku tych osób ze społeczeństwem danego państwa członkowskiego, mogącymi w szczególności odróżnić je od innych kategorii użytkowników korzystających z sieci dróg tego państwa członkowskiego w sposób wyłącznie sporadyczny lub czasowy. Ponadto, jak wskazywał rząd austriacki, przesłanki te są interpretowane w sposób rozszerzający, tzn. osobie niepełnosprawnej, która nie ma miejsca zamieszkania ani stałego pobytu w Austrii, ale udaje się regularnie do tego państwa ze względów zawodowych lub osobistych, również przysługuje prawo korzystania z nieodpłatnej winiety rocznej. W rezultacie Trybunał uznał, że oceniane uregulowanie krajowe „nie wykracza poza to, co jest konieczne do osiągnięcia realizowanego przez nie celu”[198]. Wydaje się, że powodem takiego stanowiska mogło być to, że w istocie przepis ten przyznawał przywilej, jakim była nieodpłatna roczna winieta dla osób niepełnosprawnych. Mieliśmy tu zatem do czynienia nie z tylko z kryterium przynależności państwowej, ale również niepełnosprawności. Gdyby Trybunał uznał ocenianą regulację za sprzeczną z Traktatem, wówczas osoby niepełnosprawne utraciłyby przyznany na jej podstawie przywilej, a skoro interpretacja była korzystna również dla osób niepełnosprawnych z innych państw członkowskich, którzy regularnie udawali się do Austrii, to łatwiej było uznać jej zgodność z zasadą proporcjonalności.

Można również odnaleźć takie przykłady rozstrzygnięć, w których Trybunał powierza ocenę proporcjonalności sądom krajowym, dając im jednak pewne wskazówki co tego, jak należy ją przeprowadzić. Na przykład, w wyroku z 23 marca 2004 roku w sprawie Brian Francis Collins v. Secretary of State for Work and Pensions[199], który dotyczył przepisów krajowych uzależniających korzystanie z zasiłku

[198] Ibidem, pkt 40.
[199] C-138/02, ECR 2004, s. I–2703.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

dla osób poszukujących zatrudnienia od spełnienia warunku miejsca zamieszkania, dopuścił możliwość wymagania przez państwo członkowskie związku między ubiegającymi się o prawo do takiego zasiłku a swoim rynkiem pracy, ale kontrolę zgodności z zasadą proporcjonalności pozostawił sądowi krajowemu. Wskazał przy tym ogólnie, że:

> o ile warunek miejsca zamieszkania może, co do zasady, zapewniać taki związek, to aby był on proporcjonalny, nie może wykraczać poza to, co jest konieczne do osiągnięcia tego celu. Dokładniej, organy krajowe muszą stosować go na podstawie jasnych i z góry znanych kryteriów oraz należy przewidzieć środek odwoławczy o charakterze sądowym. Bez względu na okoliczności, jeżeli spełnienie warunku wiąże się z wymogiem okresu zamieszkania, nie może ono wykraczać poza to, co konieczne, aby organy krajowe mogły sprawdzić, że zainteresowana osoba rzeczywiście poszukuje zatrudnienia na rynku pracy przyjmującego państwa członkowskiego[200].

Wynika z tego, że jeśli organy krajowe nie określiły jasnych i z góry znanych kryteriów przyznawania zasiłków i nie przewidziały środków odwoławczych w przypadku negatywnej decyzji, wówczas ocenianą regulację należałoby uznać za nieproporcjonalną. Ostatecznie miał o tym zadecydować sąd krajowy. Jak się wydaje, sam Trybunał nie chciał rozstrzygać tego zagadnienia, głównie z tego względu, że sprawy związane z przyznawaniem pomocy socjalnej należą do kompetencji wyłącznej państw członkowskich, a zatem to organy krajowe miały podjąć decyzję.

Podobnie było w wyroku z 13 kwietnia 2010 roku w sprawie Nicolas Bressol i in., Céline Chaverot i in. v. Gouvernement de la Communauté française[201], który dotyczył przepisów krajowych ograniczających liczbę studentów nierezydentów mogących zapisać się po raz pierwszy na kierunki medyczne i paramedyczne proponowane przez instytucje szkolnictwa wyższego. Sąd krajowy miał sam dokonać oce-

[200] Ibidem, pkt 72.
[201] C-73/08, ECR 2010, s. I–2735.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

ny zarówno prawnie uzasadnionego celu, jakim było zagrożenie dla ochrony zdrowia publicznego, jak i jego zgodności z zasadą proporcjonalności, jednakże uzyskał szereg szczegółowych wskazówek odnośnie do sposobu jej przeprowadzenia. I tak, Trybunał nakazał mu stwierdzić w świetle elementów dostarczonych przez właściwe władze, czy sporne uregulowanie może być uznane za właściwe dla zagwarantowania realizacji celu ochrony zdrowia publicznego, co wymagało również dokonania oceny, czy ograniczenie liczby studentów nierezydentów może zwiększyć liczbę posiadaczy dyplomów gotowych do zapewnienia, wraz z upływem czasu, dostępności opieki zdrowia w ramach Wspólnoty Francuskiej[202]. Ponadto sąd krajowy miał sprawdzić, czy przepisy krajowe nie wykraczają poza to, co jest niezbędne do osiągnięcia przywołanego celu. Zdaniem Trybunału wymaga to zweryfikowania, czy cel ten nie mógłby zostać osiągnięty za pomocą środków mniej ograniczających, służących zachęceniu studentów, którzy odbyli swoje studia w ramach Wspólnoty Francuskiej, do osiedlenia się na jej terytorium po ich ukończeniu lub przyciągnięciu specjalistów wykształconych poza Wspólnotą Francuską do osiedlenia się w jej ramach. Do sądu krajowego należy również zbadanie, czy władze pogodziły we właściwy sposób realizację tego celu z wymogami prawa Unii, a w szczególności z możliwością dostępu studentów pochodzących z innych państw członkowskich do systemu kształcenia na poziomie wyższym, która jest istotą gwarantowanej przez Traktat zasady swobodnego przemieszczania się studentów[203]. Jak widać, w tej sprawie Trybunał udzielił szeregu wskazówek, z których tak naprawdę wynikało, że gdyby sam rozstrzygał kwestię zgodności spornej regulacji z zasadą proporcjonalności, to prawdopodobnie wskazałby na jej zbyt restrykcyjny charakter.

Ogólnie należy zauważyć, że w sprawach dotyczących dyskryminacji pośredniej ze względu na przynależność państwową stosowany jest dość surowy test proporcjonalności i tylko wyjątkowo przepisom krajowym „udaje się przez niego przejść". Dlatego też, nawet

[202] Ibidem, pkt 76.
[203] Ibidem, pkt 78 i 79.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

jeśli przywołany przez państwo członkowskie cel zostanie uznany za zgodny z prawem, to jeszcze nie przesądza o utrzymaniu spornej regulacji. Proporcjonalność jest zatem tym elementem koncepcji dyskryminacji pośredniej, który może sprzyjać jej potencjalnym ofiarom. Z tego względu należy uznać za słuszne to dość rygorystyczne podejście Trybunału do jej wymogów, zwłaszcza zaś do kryterium konieczności.

1.4.3. Ocena proporcjonalności środków państw członkowskich w sprawach dotyczących dyskryminacji pośredniej ze względu na płeć

Stanowisko Trybunału Sprawiedliwości odnośnie do testu proporcjonalności stosowanego wobec środków państw członkowskich w sprawach dotyczących dyskryminacji pośredniej ze względu na płeć ewoluowało w czasie. W wyroku z 13 lipca 1989 roku w sprawie Rinner-Kühn v. FWW Spezial-Gebäudereinigung GmbH & Co. KG.[204] przyjął bowiem, że powinny być one odpowiednie i konieczne do celu polityki społecznej państwa członkowskiego, a zatem odniósł się do tradycyjnych kryteriów proporcjonalności. Jednakże w kolejnych sprawach dotyczących regulacji krajowych, zwłaszcza z zakresu zabezpieczenia społecznego, złagodził wymogi wynikające z tej zasady. Już w wyroku z 7 maja 1991 roku w sprawie Komisja WE v. Królestwo Belgii[205] zauważył bowiem, że polityka społeczna jest zagadnieniem należącym do państw członkowskich, które korzystają w tym zakresie „z rozsądnego zakresu władzy dyskrecjonalnej" i uznał zgodność ocenianej regulacji belgijskiej z zasadą proporcjonalności. Podobne stanowisko zajął w wyroku z 19 listopada 1992 roku w sprawie Jan Molenbroek v. Bestuur van de Sociale Verzekeringsbank[206], gdzie po prostu przyjął, iż regulacja krajowa była konieczna dla osiągnięcia zamierzonego celu, mimo że nie badał, czy mógł on zostać osiągnięty przy pomocy alternatywnych środków.

---

[204] Sprawa 171/88, ECR 1989, s. 2743.
[205] C-229/89, ECR 1991, s. I–2205.
[206] C-226/91, ECR 1992, s. I–5943.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

Natomiast w wyrokach z 14 grudnia 1995 roku w sprawach Inge Nolte v. Landesversicherungsanstalt Hannover[207] oraz Megner i Scheffel v. Innungskrankenkasse Vorderpfalz[208] wskazał już wprost, że w zakresie polityki społecznej państwom przysługuje „szeroki zakres władzy dyskrecjonalnej", cel, na którym oparł się rząd niemiecki „obiektywnie rzecz biorąc jest niezwiązany z dyskryminacją na zasadzie płci, a wykonując swoje uprawnienia ustawodawca krajowy był rozsądnie uprawniony do uznania, że rozważane regulacje były konieczne do osiągnięcia celu". Z tego wynika, że aby uzasadnić pośrednią dyskryminację państwo członkowskie musi jedynie wykazać, iż rozsądnie uznaje ono dany środek za konieczny do osiągnięcia celu polityki społecznej, a nie że jest on taki w rzeczywistości[209]. Możemy więc mówić o daleko idącym złagodzeniu wymogów wynikających z zasady proporcjonalności. W doktrynie słusznie wskazuje się, że wiąże się to z niechęcią Trybunału do wkraczania w sferę należącą do kompetencji ustawodawczej państw członkowskich i angażowania się w swoistego rodzaju spór polityczny, jaki mógłby powstać, gdyby został zastosowany surowy test proporcjonalności. Należy jednak podkreślić, że jeśli przyznamy państwu zbyt szeroki zakres władzy dyskrecjonalnej, to trudno będzie całkowicie wyeliminować dyskryminację pośrednią ze względu na płeć w przypadku, gdy wynika ona z regulacji krajowych, co, jak pokazuje praktyka, nie jest rzadkim zjawiskiem. Być może dlatego Trybunał starał się w późniejszym orzecznictwie zmodyfikować nieco stanowisko wyrażone w tych dwóch rozstrzygnięciach.

Mianowicie w wyroku z 9 lutego 1999 roku w sprawie Regina v. Secretary of State for Employment, ex parte Nicole Seymour-Smith i Laura Perez[210] podkreślił, że chociaż polityka społeczna należy zasadniczo do kompetencji państw członkowskich, to jednak szeroki zakres

---

[207] C-317/93, ECR 1995, s. I–4625, pkt 33 i 34.

[208] C-444/93, ECR 1995, s. I–4741.

[209] Tak E. Ellis, *The Concept of Proportionality in European Community Sex Discrimination Law*, [w:] *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, E. Ellis (red.), Oxford 1999, s. 179.

[210] C-167/97, ECR 1999, s. I–623.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

władzy dyskrecjonalnej, z jakiej korzystają one w tym zakresie, „nie może prowadzić do udaremnienia implementacji podstawowej zasady prawa wspólnotowego (obecnie unijnego), jaką jest zasada równego wynagrodzenia dla mężczyzn i kobiet". Trybunał próbował zatem pogodzić zasadę równości z szerokim zakresem kompetencji państw członkowskich w obszarze polityki społecznej. Dodał przy tym, że:

> zwykłe uogólnienia dotyczące możliwości pozytywnego wpływu konkretnego środka w zakresie rekrutacji [...] nie stanowią dowodu, na podstawie którego można by rozsądnie przyjąć, że wybrane środki były odpowiednie do osiągnięcia tego celu[211].

Niemniej jednak w końcowej części rozstrzygnięcia wskazał, że państwo członkowskie, które jest autorem pośrednio dyskryminującej regulacji krajowej, ma wykazać, że odzwierciedla ona prawnie uzasadniony cel polityki społecznej, cel ten jest niezwiązany z jakąkolwiek dyskryminacją ze względu na płeć oraz można rozsądnie przyjąć, że wybrane środki były odpowiednie do osiągnięcia tego celu.

Stąd też, jak wskazywano już w poprzednim rozdziale, w doktrynie wyrażany jest pogląd o istnieniu swoistej hierarchii testów proporcjonalności występujących w sprawach dotyczących dyskryminacji pośredniej ze względu na płeć. Najsłabszy znajduje zastosowanie w przypadku uzasadnienia regulacji krajowych dotyczących zabezpieczenia społecznego (*Nolte* i *Megner*), kolejny jest przywoływany dla uzasadnienia regulacji krajowych dotyczących zatrudnienia (*Seymour-Smith*), a najsurowszy służy do oceny działań pracodawców (*Bilka*)[212]. Prezentowane jest również takie stanowisko, że między pierwszymi dwoma testami nie zachodzą poważne jakościowe różnice[213]. Wydaje się jednak, że w wyroku w sprawie *Seymour-Smith*

---

[211] Ibidem, pkt 76.

[212] Tak E. Ellis, *The Recent Jurisprudence of the Court of Justice in the Field of Sex Equality*, „Common Market Law Review" 2000, t. 37, nr 6, s. 1410. Podobnie C. Barnard, B. Hepple, *Indirect Discrimination: Interpreting Seymour-Smith*, „Cambridge Law Journal" 1999, t. 58, nr 2, s. 411.

[213] Ch. Tobler, *Indirect Discrimination…*, s. 210.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

Trybunał nieco inaczej podszedł do kwestii proporcjonalności, niż w wyroku w sprawach *Nolte* i *Megner*, nie pozostawiając jej tak daleko idącej swobodzie państw członkowskich. Co ciekawe, wskazał jedynie na wymóg odpowiedniości środków, pomijając kwestię, czy były one konieczne do osiągnięcia zamierzonego celu. Nie ma jednak wątpliwości, że w sprawach dotyczących zatrudnienia państwa członkowskie powinny odnosić się również do kryterium konieczności, a sądy krajowe sprawdzać, czy zastosowane środki są z nim zgodne, bowiem w aktualnym stanie prawnym przewiduje to wyraźnie dyrektywa 2006/54.

Potwierdza to m.in. wyrok Trybunału z 24 kwietnia 2008 roku w sprawach połączonych Michaeler i inni[214], które dotyczyły przepisów krajowych, wymagających przesłania do administracji kopii umów o pracę w niepełnym wymiarze czasu pracy w terminie 30 dni od ich zawarcia, pod groźbą kary pieniężnej. Trybunał, w ślad za rzecznikiem generalnym Colomerem, który wydał opinię w tej sprawie, uznał, że:

> Argument rządu włoskiego, zgodnie z którym ów obowiązek zgłoszenia uzasadniony jest koniecznością walki z pracą na czarno i informowania administracji o praktyce pracodawców, nie jest przekonujący. Bowiem, by tego rodzaju względy mogły uzasadnić środek będący przedmiotem sporu, konieczne jest, by był on proporcjonalny do celu, który ma zostać osiągnięty. Tymczasem, na co zwrócił uwagę rzecznik generalny w pkt 46–48 swej opinii, istnieją inne, mniej rygorystyczne środki pozwalające rządowi włoskiemu na osiągnięcie przywołanych celów w dziedzinie walki z oszustwami i pracą na czarno, w której to dziedzinie władze krajowe dysponują już środkami nadzoru, kontroli i porządku[215].

---

[214] Sprawy połączone C-55/07 i C-56/07, ECR 2008, s. I–3135.

[215] Ibidem, pkt 26. Warto dodać, że rzecznik generalny Colomer w swojej opinii z 24 stycznia 2008 roku wydanej w omawianej sprawie podkreślił, iż „zastosowane środki są odpowiednie do osiągnięcia zamierzonego celu; jednakże ocena ich niezbędnego charakteru, która wiąże się ze sprawdzeniem, czy istnieją inne, mniej restrykcyjne środki, pokazuje, że uregulowanie włoskie jest niezgodne z dyrektywą.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

Jak widać, mimo że sprawa dotyczyła regulacji krajowych odnoszących się do sfery zatrudnienia został zastosowany test proporcjonalności zbliżony do tego, jaki występuje w rozstrzygnięciach dotyczących dyskryminacji pośredniej ze względu na przynależność państwową. Rzecznik generalny Colomer stwierdził bowiem wprost, że:

> stanowisko Trybunału wypracowane w dziedzinie swobodnego przepływu stanowi punkt odniesienia dla udzielenia odpowiedzi na postawione pytanie prejudycjalne; pomimo oczywistych różnic między systemem swobód i dziedziną poddaną harmonizacji, jaką jest zatrudnienie, zasady kontroli stosowane przez Trybunał mogą okazać się przydatne[216].

Jego zdaniem nie było zatem przeszkód, aby w odniesieniu do regulacji krajowych, które były przedmiotem postępowania, stosować test najmniej restrykcyjnego środka. Sam Trybunał podzielił zaś ten pogląd, co pokazuje, że w pewnych sprawach dotyczących zatrudnienia istnieje możliwość odwołania się do tych samych kryteriów proporcjonalności, jakie brane są pod uwagę w przypadku dyskryminacji pośredniej ze względu na przynależność państwową, i badania ich z jednakową intensywnością.

Natomiast w przypadku regulacji państw członkowskich przyjmowanych w ramach polityki społecznej Trybunał także w swoim nowszym orzecznictwie podkreśla, że przy wyborze środków, za pomocą których mogą zostać zrealizowane jej cele, państwa członkowskie dysponują szerokim zakresem uprawnień dyskrecjonalnych, choć zarazem mają obowiązek wykazania „że można racjonalnie uważać, iż wybrane środki były odpowiednie dla realizacji wspomniane-

Obowiązek złożenia kopii wszystkich umów o pracę w niepełnym wymiarze czasu pracy może być z łatwością zastąpiony przez inne środki, równie skuteczne, ale mniej kosztowne dla przedsiębiorców obciążanych formalnościami, których dokonuje z reguły już sama administracja w ramach powierzonych jej zadań nadzoru, kontroli i porządku" (pkt 46 opinii).

[216] Pkt 40 opinii rzecznika generalnego Colomera z 24 stycznia 2008 roku w sprawach połączonych Michaeler i inni, C-55/07 i C-56/07, ECR 2008, s. I–3135.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

go celu"[217]. Zastanawiać może to, dlaczego Trybunał odwołał się do standardu kontroli, jaki zastosował wcześniej w wyroku w sprawie *Seymour-Smith*, a swoją ocenę skoncentrował jedynie na wymogu odpowiedniości. Tymczasem rzecznik generalna Verica Trstenjak w swojej opinii z 16 czerwca 2011 roku wydanej w sprawie Waltraud Brachner v. Pensionsversicherungsanstalt[218] wyraźnie odniosła się do wszystkich trzech kryteriów proporcjonalności, a swojej ocenie poddała nie tylko odpowiedniość, ale również konieczność ocenianych regulacji krajowych. Być może wiązało się to z tym, że Trybunał doszedł do wniosku, że zgłaszane przez państwo członkowskie argumenty nie stanowią wystarczającego uzasadnienia i dlatego też nie zajmował się szerzej zgodnością przyjętych środków z zasadą proporcjonalności.

W każdym razie można odnieść ogólne wrażenie, że w ostatnim czasie w orzecznictwie Trybunału stosowane jest bardziej rygorystyczne podejście, jeśli chodzi o kontrolę poszczególnych kryteriów proporcjonalności w sprawach dotyczących regulacji krajowych[219]. Świadczy o tym także to, że sam Trybunał dokonuje oceny w tym zakresie, podczas gdy wcześniej stosunkowo często pozostawiał ją sądowi krajowemu. Swoją rolę w kontekście kontroli zgodności z zasadą proporcjonalności regulacji krajowych dotyczących polityki społecznej i zatrudnienia Trybunał wyjaśnia w ten sposób, że:

> o ile ostatecznie do sądu krajowego, który jest wyłącznie właściwy do oceny okoliczności faktycznych i dokonania wykładni prawa krajowego, należy ustalenie, czy i w jakim zakresie rozpatrywany przepis krajowy jest uzasadniony takim obiektywnym czynnikiem, o tyle Trybunał proszony o dostarczenie sądowi krajowemu użytecznej odpowiedzi w ramach odesłania prejudycjalnego jest właściwy do udzielenia wskazówek na podstawie akt sprawy zawisłej przed sądem krajowym, a także uwag,

---

[217] Tak m.in. w wyroku z 16 czerwca 2011 roku w sprawie Waltraud Brachner v. Pensionsversicherungsanstalt, C-123/10, niepubl., dostępny na stronie curia.europa.eu.

[218] C-123/10, niepubl., dostępna na stronie curia.europa.eu.

[219] Tak też Ch. Tobler, *Limits and Potential of the Concept of Indirect Discrimination…*, s. 35.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

które zostały mu przedstawione ustnie i na piśmie, tak aby umożliwić sądowi krajowemu wydanie rozstrzygnięcia w sprawie[220].

Jednakże w wielu sprawach te wskazówki są na tyle jednoznaczne i szczegółowe, że sąd krajowy może jedynie powtórzyć je w swoim rozstrzygnięciu. Ma to jednak ten walor, że sprzyja jednolitości stosowania zasady proporcjonalności w odniesieniu do regulacji krajowych prowadzących do dyskryminacji pośredniej ze względu na płeć.

1.4.4. Ocena proporcjonalności środków pracodawców w sprawach dotyczących dyskryminacji pośredniej ze względu na płeć

Już w wyroku z 13 maja 1986 roku w sprawie Bilka – Kaufhaus GmbH v. Karin Weber von Hartz[221], Trybunał podkreślił, że środki stosowane przez pracodawców dla osiągnięcia prawnie uzasadnionego celu muszą być odpowiednie i konieczne, a zatem odwołał się do dwóch podstawowych kryteriów zasady proporcjonalności. Ich ocenę powierzył sądowi krajowemu. Choć Trybunał nie odwołał się w tym rozstrzygnięciu wprost do testu „najmniej restrykcyjnego środka", to jednak w doktrynie wskazywano, że w sprawach dotyczących pracodawców należy brać pod uwagę to, czy istnieją środki alternatywne, w mniejszym stopniu dyskryminujące osoby danej płci[222]. Oznaczałoby to, że kontrola zgodności z zasadą proporcjonalności miała przebiegać w taki sam sposób, jak w sprawach odnoszących się do dyskryminacji pośredniej ze względu na przynależność państwową. Niestety, w późniejszym orzecznictwie Trybunał nie dość konsekwentnie wskazywał na ten aspekt obiektywnego uzasadnienia.

---

[220] Wyżej cyt. wyrok w sprawie C-123/10, pkt 72.

[221] Sprawa 170/84, ECR 1986, s. 1607.

[222] Por. G. More, *Equality of Treatment in EC Law: the Limits of Market Equality*, [w:] *Feminist Perspectives on the Foundational Subjects of Law*, A. Bottomley (red.), Londyn 1996, s. 272. Por. też E. Ellis, *Gender Discrimination Law in the European Community*, [w:] *Discrimination Law: Concepts, Limitations and Justifications*, J. Dine, B. Watt (red.), Londyn 1996, s. 25, która podkreśla, że istotne znaczenie ma wykazanie, iż dyskryminacyjny środek jest jedynym sposobem na osiągnięcie prawnie uznanego celu.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

I tak, w wyroku z 17 października 1989 roku w sprawie Handelsog Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark v. Dansk Arbejdsgiverforening (Danfoss)[223] w ogóle nie odniósł się do tego, czy nie istniały inne, mniej dyskryminacyjne sposoby osiągnięcia wskazywanych przez pracodawcę celów. Z kolei w końcowej części wyroku z 27 października 1993 roku w sprawie Enderby v. Frenchay Health Authority and Secretary of State for Health[224] zauważył, że:

> to sąd krajowy ma określić, **jeśli to konieczne przez zastosowanie zasady proporcjonalności** [podkreślenie J. M.-N.], czy i w jakim stopniu brak kandydatów na dane stanowisko pracy oraz potrzeba ich zachęty poprzez wyższe wynagrodzenie stanowi obiektywnie uzasadniony czynnik ekonomiczny[225].

Pojawia się pytanie, dlaczego użyte zostało stwierdzenie, sugerujące, że sąd krajowy może, ale nie musi dokonywać kontroli dyskryminacyjnego środka z zasadą proporcjonalności, skoro była ona istotną częścią testu ustanowionego w wyroku w sprawie *Bilka*[226]. Jest to zastanawiające również z tego względu, że sam Trybunał w omawianym rozstrzygnięciu w sprawie *Enderby* wskazał ogólnie, iż „w sytuacji gdy organy krajowe stosują prawo wspólnotowe, muszą również stosować zasadę proporcjonalności"[227]. Jak widać, jego stanowisko w odniesieniu do tego aspektu oceny dokonywanej przez sądy krajowe było dość nieprecyzyjne. Nic więc dziwnego, że powracały pytania dotyczące wymaganego standardu kontroli zgodności z zasadą proporcjonalności środków stosowanych przez pracodawców.

W wyroku z 10 marca 2005 roku w sprawie Vasiliki Nikoloudi v. Organismos Tilepikoinonion Ellados AE[228], który dotyczył przepisów

---

[223] Sprawa 109/88, ECR 1989, s. 3199.

[224] C-127/92, ECR 1993, s. I–5535.

[225] Ibidem, pkt 29.

[226] Por. szerzej S. O'Leary, *Employment Law at the European Court of Justice. Judicial Structures, Policies and Processes*, Oxford 2002, s. 157.

[227] Pkt 27 wyroku w sprawie C-127/92.

[228] C-196/02, ECR 2005, s. I–1789.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

ogólnego regulaminu pracowniczego, Trybunał zauważył ogólnie, że oceną obiektywnego uzasadnienia ma zająć się sąd krajowy, a jego rolą jest przedstawienie wskazówek pomocnych przy wydawaniu orzeczenia. W związku z tym najpierw stwierdził, że w tym względzie:

> należy sprawdzić, w świetle wszelkich istotnych okoliczności sprawy i mając na uwadze możliwość osiągnięcia w inny sposób celów, którym służą omawiane przepisy, czy wspomniane cele wydają się nie mieć nic wspólnego z dyskryminacją ze względu na płeć oraz czy przepisy te, jako środki zmierzające do osiągnięcia określonych celów, są w stanie przyczynić się do ich realizacji[229].

Następnie zaś zajął się oceną uzasadnienia podawanego przez stronę pozwaną, nie odnosząc się jednak bliżej do kryteriów proporcjonalności. Ich kontrola została zatem całkowicie powierzona sądowi krajowemu, przy czym miał on zbadać zarówno, czy istniała możliwość osiągnięcia w inny sposób wskazywanych w postępowaniu celów, co wiąże się z wymogiem konieczności, jak i to, czy zastosowane środki są w stanie przyczynić się do ich realizacji, co z kolei nawiązuje do wymogu odpowiedniości.

Należy zatem zauważyć, że w sprawach dotyczących dyskryminacji pośredniej ze względu na płeć Trybunał po pewnym okresie braku precyzji i zróżnicowania standardów kontroli zgodności z zasadą proporcjonalności, w zależności od tego, czy mamy do czynienia ze środkami pracodawców, czy też państw członkowskich, obecnie wydaje się zmierzać do ich zbliżenia. Wprawdzie w sprawach dotyczących regulacji krajowych odnoszących się do sfery polityki so-

[229] Ibidem, pkt 48. Warto zarazem zauważyć, że Trybunał odniósł się tam do wcześniejszego orzecznictwa dotyczącego regulacji krajowych w sferze zatrudnienia m.in. do wyroku z 20 marca 2003 roku w sprawie Helga Kutz-Bauer v. Freie und Hansestadt Hamburg, C-187/00, ECR 2003, s. I–2741, pkt 51 oraz wyroku z 11 września 2003 roku w sprawie Erika Steinicke v. Bundesanstalt für Arbeit, C-77/02, ECR 2003, s. I–9027, pkt 58, co może oznaczać, że zmierza do zbliżenia standardów kontroli zgodności z zasadą proporcjonalności środków stosowanych przez pracodawców oraz regulacji krajowych, zwłaszcza dotyczących sfery zatrudnienia.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

cjalnej, zwłaszcza zaś zabezpieczenia społecznego, pozwala państwom na zachowanie szerokiego zakresu uprawnień dyskrecjonalnych w wyborze środków, jednakże muszą one być przynajmniej odpowiednie do zamierzonego celu. Konkretne rozstrzygnięcia pokazują zaś, że nie zawsze ma to miejsce i z tego względu nie udaje się uzasadnić obowiązywania pośrednio dyskryminujących przepisów.

Dobrze byłoby, gdyby zarówno Trybunał, jeśli daje wskazówki, jak i same sądy krajowe, bowiem to na nich spoczywa główny ciężar kontroli zgodności pośrednio dyskryminujących środków z zasadą proporcjonalności, dokonywały wnikliwej oceny w tym zakresie. Powinna ona obejmować nie tylko kryteria odpowiedniości oraz konieczności w znaczeniu najmniej restrykcyjnego środka, czyli sprawdzanie, czy nie istnieje inna alternatywa, w mniejszym stopniu dyskryminująca osoby danej płci, ale również proporcjonalność *sensu stricto*, czyli dokonanie rzeczywistego wyważenia sprzecznych interesów i zbadanie, czy nie doszło do nadmiernego obciążenia jednostki w stosunku do zamierzonego celu. Jest to o tyle istotne, że rygorystyczne podejście do zgodności środków czy to pracodawców, czy też państw członkowskich z omawianą zasadą może przyczynić się do zwiększenia skuteczności zakazu dyskryminacji pośredniej.

2. Relacje dyskryminacji pośredniej ze zbliżonymi koncepcjami prawnymi

2.1. Dyskryminacja pośrednia i bezpośrednia

2.1.1. Różnice między obiema koncepcjami prawnymi

Rozgraniczenie wskazanych form dyskryminacji ma istotne znaczenie nie tylko z teoretycznego, ale również praktycznego punktu widzenia. W większości spraw istnieje bowiem możliwość znacznie szerszego usprawiedliwienia dyskryminacji pośredniej niż bezpośredniej – ta ostatnia jest z reguły uzasadniana z odniesieniem się do podstaw wyraźnie wskazanych w przepisach prawa, a zatem nie występuje w jej

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

ramach tzw. obiektywne uzasadnienie. Ponadto dyskryminacja pośrednia może w praktyce okazać się trudna do udowodnienia, zwłaszcza jeśli w przepisach krajowych wymaga się dowodów opartych na danych statystycznych[230]. Należy przy tym zauważyć, iż obie formy dyskryminacji uzupełniają się w tym znaczeniu, że jeśli nie uda się wykazać dyskryminacji bezpośredniej, np. z uwagi na nieporównywalność sytuacji, to przynajmniej w niektórych przypadkach istnieje możliwość odwołania się do jej pośredniej formy[231]. Pojawia się zatem pytanie, jakie są najważniejsze różnice zachodzące między tymi koncepcjami prawnymi.

O dyskryminacji bezpośredniej może być mowa, gdy mniej przychylne traktowanie spowodowane jest posiadaniem przez daną osobę określonej cechy stanowiącej podstawę dyskryminacji i tym samym odróżniającej ją od innych osób[232]. Niezbędne jest zatem ustalenie porównywanego podmiotu, np. pracownika płci męskiej, oraz porównywanej sytuacji, która może mieć charakter przeszły, bieżący lub nawet hipotetyczny[233]. W kontekście dyskryminacji bezpośredniej istotne znaczenie ma zatem przyczyna (ang. *causation)* mniej przychylnego traktowania oraz tzw. porównywalność sytuacji. Potwierdzają to definicje zawarte w dyrektywach 2000/43, 2000/78, 2004/113 oraz 2006/54, które wska-

---

[230] Por. szerzej Ch. Tobler, *Limits and Potential of the Concept of Indirect Discrimination...*, s. 48.

[231] Por. np. pkt 113 opinii rzecznika generalnego Nilo Jääskinena z 15 lipca 2010 roku w sprawie Jürgen Römer przeciwko Freie und Hansestadt Hamburg, C-147/08, niepubl., dostępna na stronie curia.europa.eu. Rzecznik stwierdził tam wyraźnie, że jeśli sąd krajowy wykluczy dyskryminację bezpośrednią ze względu na orientację seksualną, to istnieje co najmniej dyskryminacja pośrednia w rozumieniu dyrektywy 2000/78. Przepisy przewidujące korzystniejszy sposób obliczania uzupełniającego świadczenia emerytalnego dla beneficjenta pozostającego w związku małżeńskim i niebędącego w trwałej separacji prowadzą bowiem do szczególnie niekorzystnej sytuacji beneficjenta pozostającego w zarejestrowanym związku partnerskim. Ponadto nie zapewniają one realizacji zgodnego z prawem celu ani nie stanowią środka zarówno właściwego, jak i koniecznego dla osiągnięcia takiego celu.

[232] E. Naumann *Dyskryminacja w prawie pracy*, „Monitor Prawa Pracy" 2007, nr 6, s. 286.

[233] Por. A. Masselot, *The New Equal Treatment Directive*, „Feminist Legal Studies" 2004, t. 12, nr 1, s. 96.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

zują, że ta forma dyskryminacji występuje, gdy jedna osoba traktowana jest mniej korzystnie ze względu na zakazane kryterium (pochodzenie rasowe lub etniczne, religię lub przekonania, niepełnosprawność, wiek, orientację seksualną lub płeć) niż jest, była lub byłaby traktowana inna osoba w porównywalnej sytuacji. Z tego wynika, że zachodzi tu ścisły związek z zakazanym kryterium pod względem formalnym, bowiem środek bezpośrednio dyskryminujący jest na nim oparty w sposób wyraźny i oczywisty. Co równie istotne, skutek zastosowania tego środka jest taki, że cała grupa osób, np. kobiety, osoby o odmiennej orientacji seksualnej, niepełnosprawni, itd. znajduje się w niekorzystnej sytuacji. Mamy zatem do czynienia ze ścisłym związkiem z zakazanym kryterium także pod względem faktycznym[234].

Z kolei dyskryminacja pośrednia nawiązuje do neutralnych kryteriów zróżnicowania, których zastosowanie wywiera niekorzystny wpływ na grupę osób chronionych. Skutek takiego postanowienia czy postępowania jest więc zbliżony do tego, jaki występuje w przypadku dyskryminacji bezpośredniej – dochodzi do pokrzywdzenia osoby należącej do chronionej grupy[235]. O ile zatem w kontekście dyskryminacji bezpośredniej dużą rolę odgrywa przyczyna, o tyle w ramach dyskryminacji pośredniej decydujące znaczenie ma skutek przepisu czy praktyki. Należy jednak zauważyć, że w tym przypadku związek z zakazanym kryterium dyskryminacji nie jest tak daleko idący – formalnie rzecz biorąc ma miejsce odwołanie do względów całkowicie neutralnych, np. wymogu zatrudnienia na cały etat czy zawarcia związku małżeńskiego. Natomiast pod względem faktycznym charakterystyczne dla dyskryminacji pośredniej jest to, że podział między grupami, które znajdują się w niekorzystnej sytuacji wskutek zastosowania tych neutralnych kryteriów, nie przebiega na zasadzie całkowitego wyłączenia, np. daną regulacją czy praktyką nie są dotknięte jedynie kobiety. Wprost przeciwnie nie wszyscy, ale nieproporcjonalnie większa liczba osób chronionych przez dane kryterium znajduje się

[234] Słusznie zwraca na to uwagę Ch. Tobler, *Limits and Potential of the Concept of Indirect Discrimination*…, s. 48.

[235] Por. I. Boruta, *Zakaz dyskryminacji w zatrudnieniu – nowe pojęcia*, „Monitor Prawa Pracy" 2004, nr 2, s. 38.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

w niekorzystnej sytuacji, co nie oznacza, że w tej grupie nie znajdą się również osoby niechronione[236].

Istotną różnicą występującą między omawianymi koncepcjami prawnymi jest również możliwość uzasadnienia. Jak już wskazywano, dyskryminacja bezpośrednia może co do zasady być usprawiedliwiona jedynie szczególnymi względami, wyraźnie wskazanymi w przepisach prawa Unii Europejskiej. Regulacje w tym zakresie różnią się jednak w zależności od tego, z jakim kryterium mamy do czynienia. I tak, dyskryminacja bezpośrednia ze względu na płeć może być usprawiedliwiona „prawdziwym i determinującym wymogiem zawodowym, pod warunkiem że cel takiego odmiennego traktowania jest zgodny z prawem, a wymóg jest proporcjonalny" (art. 14 ust. 2 dyrektywy 2006/54). Podobnie jest w przypadku rasy i pochodzenia etnicznego[237]. Natomiast szerzej lista wyjątków jest ujęta w dyrektywie 2000/78, odnoszącej się do religii lub przekonań, wieku, niepełnosprawności i orientacji seksualnej. Poza istotnym i determinującym wymogiem zawodowym (art. 4 ust. 1 dyrektywy 2000/78) dyskryminację można usprawiedliwić bezpieczeństwem publicznym, utrzymaniem porządku i zapobieganiem działaniom podlegającym sankcjom karnym, ochroną zdrowia oraz praw i wolności innych osób (2 ust. 5 dyrektywy 2000/78). Ponadto art. 4 ust. 2 dyrektywy 2000/78 przewiduje możliwość utrzymania lub przyjęcia przez państwa członkowskie „przepisów, na mocy których w przypadku działalności zawodowej kościołów albo innych organizacji publicznych bądź prywatnych, których etyka opiera się na

[236] Por. szerzej Ch. Tobler, K. Waaldijk, *Case C-267/06,Tadao Maruko v. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen, Judgment of…*, s. 737. Autorzy odwołują się do przykładu osób zatrudnionych na pół etatu, w ramach których zdecydowaną większość stanowią kobiety. Jeśli zatem takie osoby będą traktowane mniej korzystnie i w większym stopniu dotknie to kobiety, to mamy do czynienia z dyskryminacją pośrednią ze względu na płeć. Nie oznacza to jednak, że taka niekorzystna regulacja nie ma wpływu również na mężczyzn pracujących na pół etatu – i oni znajdą się w grupie osób gorzej traktowanych.

[237] Art. 4 dyrektywy 2000/43 przewiduje, że: „odmienne traktowanie ze względu na cechy związane z pochodzeniem rasowym lub etnicznym nie stanowi dyskryminacji, jeżeli ze względu na rodzaj działalności zawodowej lub warunki jej wykonywania dane cechy są istotnym i determinującym wymogiem zawodowym, pod warunkiem że cel jest prawnie uzasadniony, a wymóg jest proporcjonalny".

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

religii lub przekonaniach, odmienne traktowanie ze względu na religię lub przekonania osoby nie stanowi dyskryminacji, w przypadku gdy ze względu na charakter tego rodzaju działalności lub kontekst, w którym jest prowadzona, religia lub przekonania stanowią podstawowy, zgodny z prawem i uzasadniony wymóg zawodowy, uwzględniający etykę organizacji". Jest to zatem wyjątek od zakazu dyskryminacji ze względu na religię lub przekonania. Z kolei do wieku i niepełnosprawności odnosi się przepis art. 3 ust. 4 dyrektywy 2000/78, który pozwala państwom członkowskim ustalić, że jej postanowienia, zakazujące dyskryminacji ze względu na te dwa kryteria, nie znajdują zastosowania wobec sił zbrojnych. Wreszcie dyrektywa zawiera szczegółową regulację, dotyczącą dyskryminacji na podstawie wieku. Mianowicie, jej art. 6 ust. 1 przewiduje, że państwa członkowskie mogą uzasadnić odmienne traktowanie ze względu na wiek zgodnym z przepisami celem, w szczególności celami polityki zatrudnienia, rynku pracy i kształcenia zawodowego, przy czym środki mające służyć realizacji tego celu mają być właściwe i konieczne, czyli proporcjonalne.

Niewątpliwie tak szerokie ujęcie zgodnego z prawem uzasadnienia zaciera różnicę zachodzącą w tym względzie między dyskryminacją bezpośrednią i pośrednią (dotyczy to zwłaszcza regulacji art. 6 dyrektywy 2000/78, jak również art. 4 ust. 5 dyrektywy 2004/113). Niemniej jednak w stosunku do tej ostatniej i tak występuje szerszy krąg okoliczności usprawiedliwiających – są to bowiem prawnie uzasadnione cele, których katalog nie jest uregulowany w przepisach prawa i ma otwarty charakter. Zobaczmy zatem, jak w praktyce Trybunał Sprawiedliwości dokonuje rozgraniczenia między dyskryminacją bezpośrednią oraz pośrednią i jaką rolę w tym zakresie odgrywają: kryterium, na którym opiera się dany środek, skutek, jaki on wywołuje dla grupy osób chronionych oraz zakres uzasadnienia.

2.1.2. Rola kryterium w rozgraniczaniu dyskryminacji bezpośredniej i pośredniej

Ustalenie, na jakim kryterium opiera się dany środek, ma duże znaczenie dla dalszego stwierdzenia, czy mamy do czynienia z dyskry-

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

minacją bezpośrednią, czy też pośrednią. Jest to jeden z pierwszych kroków, jakie musi podjąć sąd przy ocenie okoliczności faktycznych sprawy i niekiedy może okazać się trudnym zadaniem. Potwierdza to orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości dotyczące np. dyskryminacji ze względu na przynależność państwową. W niektórych bowiem sprawach wymóg zamieszkania był traktowany przez rzeczników generalnych jako podstawa do stwierdzenia dyskryminacji pośredniej, a Trybunał zajmował stanowisko, że jeśli odnosi się on jedynie do obywateli z innych państw członkowskich, to mamy do czynienia z dyskryminacją opartą wprost na przynależności państwowej, a zatem o bezpośrednim charakterze[238].

Jak widać, pewną rolę przy rozgraniczaniu obu omawianych koncepcji odgrywa także to, kogo dotyczy kryterium. W tym względzie możemy mieć do czynienia z różnym podejściem, które przesądzi o tym, czy zostanie stwierdzona bezpośrednia, czy też pośrednia dyskryminacja. W doktrynie uznaje się, że wówczas ocena okoliczności faktycznych sprawy powinna być dokonywana w interesie powodów[239]. Na przykład, w wyroku z 27 maja 1993 roku w sprawie Hugo Schmid v. Belgia[240] powód występował w imieniu swojej córki, domagając się przyznania jej renty inwalidzkiej, której odmówiono z uwagi na jej niemieckie obywatelstwo. Ocena charakteru regulacji belgijskiej zależała zatem od tego, na kim skoncentruje się analiza – na córce, czy też na powodzie, który również był niemieckim obywatelem. W pierwszym przypadku mielibyśmy do czynienia z dyskryminacją bezpośrednią ze względu na przynależność państwową, natomiast w drugim z dyskryminacją pośrednią. Trybunał Sprawiedliwości skoncentrował swoją analizę na sytuacji powoda i w rezultacie doszedł do wniosku, że jakiekolwiek postanowienie, które uzależnia uprawnienie do korzy-

---

[238] Taki wniosek płynie m.in. z wyroku z 13 grudnia 1972 w sprawie Pieter Marsman v. M. Rosskamp, 44/72, ECR 1972, s. 1243, czy też wyroku z 27 marca 1985 roku w sprawie Vera Hoeckx v. Openbaar Centrum voor Maatschappelijk Welzijn, Kalmthout, 249/83, ECR 1985, s. 973. Szerzej omawia je Ch. Tobler, *Indirect Discrimination...*, s. 344–345.

[239] Ibidem, s. 338.

[240] C-310/91, ECR 1993, s. I–3011.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

ści socjalnej od obywatelstwa, jest sprzeczne z art. 7 rozporządzenia 1612/68, nawet jeśli odnosi się do dzieci pracownika. Zauważył bowiem ogólnie, że warunek posiadania obywatelstwa miejsca zamieszkania może być łatwiej spełniony przez dzieci pracowników krajowych niż migrujących[241]. Tym samym uznał, że regulacja belgijska miała pośrednio dyskryminujący charakter.

Z kolei w wyroku z 13 listopada 2003 roku w sprawie D.E. Lindman[242], choć powódka odwoływała się do własnego nierównego traktowania jako odbiorcy usług, Trybunał skoncentrował się na analizie sytuacji usługodawców oferujących różnego rodzaju loterie. W rezultacie uznał, iż zagraniczni usługodawcy są traktowani w inny sposób dla celów podatkowych i znajdują się w niekorzystnej sytuacji w porównaniu z krajowymi odpowiednikami. W dalszej części rozstrzygnięcia wskazał na wyraźnie dyskryminacyjny charakter regulacji fińskich, co oznaczałoby, że mamy do czynienia z bezpośrednią dyskryminacją ze względu na przynależność państwową[243]. Analiza okoliczności faktycznych sprawy może zatem w pewnych przypadkach prowadzić do różnych konkluzji do odnośnie charakteru dyskryminacji. Jak wyżej wskazano, ważne jest, aby odbywała się ona z uwzględnieniem interesu powoda. Wydaje się zatem, że jeśli możliwa jest różna interpretacja, sądy powinny zmierzać do ustalenia występowania dyskryminacji bezpośredniej, ponieważ nie może być ona tak szeroko uzasadniana, jak dyskryminacja pośrednia.

Poza analizą okoliczności faktycznych sprawy, do których należy ustalenie, z jakim kryterium mamy do czynienia i kogo ono dotyczy, pewną rolę odgrywają również regulacje prawne, które należy zastosować w danym przypadku. Zdarza się bowiem tak, że dane kryterium jest w niektórych przepisach ujęte jako podstawa zakazanej dyskryminacji, a w innych nie jest wprost uwzględnione, co może mieć znaczenie dla ustalenia, czy mamy do czynienia z jej bezpośrednią, czy też pośrednią formą. Na przykład, wymóg odnoszący się do miejsca

[241] Ibidem, pkt 24–25.
[242] C-42/02, ECR 2003, s. I–13519.
[243] Ibidem, pkt 21–22.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

zamieszkania może, w zależności od obszaru, w którym znajduje zastosowanie, prowadzić do dyskryminacji bezpośredniej lub pośredniej. Ta pierwsza forma występuje w ramach swobody prowadzenia działalności gospodarczej (przedsiębiorczości) w stosunku do spółek, bowiem siedziba jest w ich przypadku odpowiednikiem obywatelstwa[244]. Natomiast odwołanie się do kryterium miejsca zamieszkania prowadzi do dyskryminacji pośredniej w ramach swobody przepływu pracowników, usług oraz prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby fizyczne[245]. Podobnie różne skutki prawne może wywołać odniesienie się do stanu cywilnego i sytuacji rodzinnej. Najczęściej jednak prowadzi to do wystąpienia dyskryminacji pośredniej ze względu na płeć, co potwierdził Trybunał w swoim orzecznictwie[246].

Warto również zwrócić uwagę na szczególny przypadek dyskryminacji ze względu na ciążę i macierzyństwo, która w orzecznictwie luksemburskim jest z reguły uznawana za dyskryminację bezpośrednią. W wyroku z 8 listopada 1990 roku w sprawie Elisabeth Dekker v. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus[247] Trybunał uznał za niezgodną z zasadą równego traktowania odmowę zatrudnienia kobiety, która spełnia warunki wymagane do wykonywania pracy, jeśli powodem postępowania pracodawcy jest możliwość wystąpienia niekorzystnych dla niego konsekwencji związanych z zatrudnieniem kobiety w ciąży. Odnośnie do charakteru dyskryminacji stwierdził zaś, że jego ustalenie zależy od przyczyny takiej odmowy, a przede wszystkim od tego, czy można ją odnieść do pracowników obu płci, czy też wprost przeciwnie wyłącznie do jednej z płci.

---

[244] Por. Ch. Tobler, *Indirect Discrimination*..., s. 339 i cyt. tam literaturę przedmiotu.

[245] Por. pkt 17 opinii rzecznika generalnego Jacobsa z 20 listopada 2003 roku w sprawie Heikki Antero Pusa v. Osuuspankkien Keskinäinen Vakuutusyhtiö, C-224/02, ECR 2004, s. I–5763. Rzecznik zauważył tam ogólnie, że „dyskryminacja oparta na miejscu zamieszkania jest powtarzającym się tematem w orzecznictwie Trybunału jako rodzaj pośredniej dyskryminacji ze względu na przynależność państwową".

[246] Por. np. wyrok z 11 czerwca 1987 roku w sprawie J. W. Teuling v. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Chemische Industrie, 30/85, ECR 1987, s. 2497.

[247] C-177/88, ECR 1990, s. I–3941, pkt 17.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

W związku z tym, że tylko kobietom można odmówić zatrudnienia ze względu na ciążę, należy ją uznać za bezpośrednią dyskryminację ze względu na płeć[248]. Takie stanowisko zostało generalnie zaakceptowane przez doktrynę – wskazywano m.in. na to, że Trybunał wziął pod uwagę funkcję naprawczą regulacji służących przeciwdziałaniu dyskryminacji i słusznie przyjął, że w sytuacji, gdy występuje odmienne traktowanie z przyczyn, które odnoszą się tylko do jednej płci, mamy do czynienia z dyskryminacją bezpośrednią[249]. Można jednak spotkać się również z takim stanowiskiem, że chociaż w niektórych sprawach dyskryminacja ze względu na ciążę może mieć bezpośredni charakter, to jednak lepiej byłoby generalnie uznawać ją za dyskryminację pośrednią, ponieważ wówczas łatwiej byłoby wyjaśnić orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości dotyczące tego zagadnienia[250].

W istocie bowiem Trybunał w wyroku z 8 listopada 1990 roku w sprawie Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark (acting for Hertz) v. Dansk Arbejdsgiverforening[251], a więc wydanym w tym samym dniu, co rozstrzygnięcie w sprawie *Dekker,* stwierdził, że jeśli choroba kobiety wystąpiła po upływie ustawowo przewidzianego okresu urlopu macierzyńskiego, to nie ma potrzeby traktować jej w sposób szczególny i odróżniać chorobę związaną z ciążą lub połogiem od jakiejkolwiek innej niedyspozycji. Podkreślił przy tym, że pracownicy płci męskiej i żeńskiej są w równym stopniu narażeni na choroby i mimo, że niektóre z nich są specyficzne tylko dla jednej z płci, to istotne znaczenie ma tylko to, czy kobieta została zwolniona z pracy z powodu nieobecności spowodowanej chorobą w takich samych okolicznościach, co mężczyzna. Jeśli taka właśnie sytuacja wystąpiła, to nie mamy do czynienia z dyskryminacją bezpośrednią ze względu na płeć[252]. Z tego wynika zatem, że nie każde niekorzystne

---

[248] Ibidem, pkt 10–12.

[249] Por. szerzej E. Ellis, *The Definition of Discrimination in European Community Sex Equality Law*, „European Law Review" 1994, t. 19, nr 6, s. 568 i 570.

[250] R. Wintemute, *When is Pregnancy Discrimination Indirect Sex Discrimination?*, „Industrial Law Journal" 1998, t. 27, nr 1, s. 29.

[251] C-179/88, ECR 1990, s. I–3979.

[252] Ibidem, pkt 16–17.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

traktowanie, które ma związek z ciążą i macierzyństwem jest uznawane za dyskryminację bezpośrednią. Jedynie jeśli występuje ono w trakcie ciąży lub ustawowo przewidzianego urlopu macierzyńskiego, ma taki charakter, natomiast po jego upływie jest traktowane raczej jako oparte na chorobie i może zostać uznane najwyżej za przejaw dyskryminacji pośredniej[253]. Trybunał wydaje się przy tym ignorować fakt, że choroba może mieć ścisły związek z ciążą oraz połogiem i jako taka powinna być traktowana w sposób szczególny zgodnie z tym, co sam stwierdził w wyroku z 14 lipca 1994 roku w sprawie Carole Louise Webb v. EMO Air Cargo (UK) Ltd.[254] Wskazał tam bowiem, że ciąży nie da się w żadnym razie porównać ze stanem patologicznym, a jeszcze bardziej z niemożliwością wykonywania pracy z powodów niezwiązanych ze stanem zdrowia.

Jak widać, nie mamy do czynienia ze spójną linią orzeczniczą i stąd też pojawiają się doktrynalne propozycje traktowania dyskryminacji ze względu na ciążę i macierzyństwo jako dyskryminacji pośredniej[255]. Wywołuje to jednak kontrowersje zwłaszcza z uwagi na możliwość jej szerszego uzasadnienia, niż ma to miejsce w ramach dyskryminacji bezpośredniej. Tymczasem wydaje się, że był to jeden z czynników, który zadecydował o takiej właśnie kwalifikacji dyskryminacji ze względu na ciążę. Trybunał nie będzie zatem skłonny do zmiany stanowiska w tym zakresie. Dobrze byłoby jednak, aby w sprawach dotyczących niekorzystnego traktowania w okresie po upływie ustawowo przewidzianego urlopu macierzyńskiego, jeśli ma ono związek z ciążą lub macierzyństwem, badał, czy nie miała miejsce dyskryminacja pośrednia ze względu na płeć.

2.1.3. Znaczenie skutku środka dla jego kwalifikacji jako bezpośrednio lub pośrednio dyskryminującego

Jak wyżej wskazano, bezpośrednio dyskryminujący środek wywołuje taki skutek, że cała grupa osób, np. kobiety, osoby o odmiennej orien-

[253] Por. szerzej. Ch. Tobler, *Indirect Discrimination...*, s. 347–348.

[254] C-32/93, ECR 1994, s. I–3567, pkt 25.

[255] Por. R. Wintemute, *When is Pregnancy Discrimination…*, s. 30–36

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

tacji seksualnej, niepełnosprawni, itd. znajduje się w niekorzystnej sytuacji. Natomiast w przypadku dyskryminacji pośredniej skutek nie jest tak daleko idący, tzn. nie wszyscy, ale nieproporcjonalnie większa liczba osób chronionych przez dane kryterium znajduje się w niekorzystnej sytuacji, co nie oznacza, że w tej grupie nie znajdą się również osoby niechronione, np. mężczyźni wśród osób zatrudnionych na pół etatu. Takie wnioski płyną jednak dopiero z najnowszego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości, bowiem początkowo stosował on dość formalne podejście, a zatem w przypadku, gdy dany środek nie opierał się na zakazanym kryterium, oceniał go jako dyskryminujący pośrednio, mimo że jego skutek faktyczny był praktycznie taki sam, jak w przypadku dyskryminacji bezpośredniej[256].

Najlepszym przykładem takiego stanowiska Trybunału jest wyrok z 7 grudnia 2000 roku w sprawie Julia Schnorbus v. Land Hessen[257]. Dotyczył on regulacji niemieckiej, która przewidywała, że jeśli liczba aplikantów na praktyczne szkolenie z zakresu prawa przekracza liczbę miejsc, aplikanci, którzy ukończyli służbę wojskową lub cywilną (obowiązkową dla mężczyzn), mają być automatycznie przyjęci i nie muszą spełniać dodatkowych warunków. Natomiast przyjęcie pozostałych kandydatów (zarówno kobiet, jak i mężczyzn) może zostać przesunięte do 12 miesięcy. Rzecznik generalny Jacobs w swojej opinii z 6 lipca 2000 roku wydanej w tej sprawie najpierw ogólnie zauważył, że dyskryminacja bezpośrednia ze względu na płeć ma miejsce w sytuacji, gdy różnica w traktowaniu jest oparta wprost na kryterium płci lub też na właściwości nieodłącznie z nią związaną. Natomiast dyskryminacja pośrednia występuje, gdy inne kryterium znajduje zastosowanie, a znacznie większa część przedstawicieli jednej płci w stosunku do drugiej jest dotknięta środkiem[258]. Następnie wskazał, że regulacje niemieckie uzależniające automatyczne przyjęcie na szkolenie od warunku odbycia służby wojskowej lub cywilnej, któremu mogą sprostać jedynie mężczyźni, powodują, iż kobiety są całkowicie wyłączone z możliwości skorzysta-

[256] Por. szerzej Ch. Tobler, *Limits and Potential of the Concept of lndirect Discrimination…*, s. 49.

[257] C-79/99, ECR 2000, s. I–10997.

[258] Ibidem, pkt 33.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

nia z takiego przywileju. Zdaniem rzecznika taka sytuacja może być przyrównana do dyskryminacji ze względu na ciążę, niemniej jednak należy dokonać rozróżnienia między nimi, bowiem żadna regulacja nie jest w stanie uczynić mężczyzn zdolnymi do urodzenia dzieci, podczas gdy oceniane przepisy niemieckie odnoszące się do obowiązkowej służby mogą ulec zmianie. W rezultacie uznał, że w tym przypadku nie występuje dyskryminacja bezpośrednia, bo tak naprawdę nie mamy tu do czynienia z rozróżnieniem między mężczyzną a kobietą, ale tymi, którzy odbyli i nie odbyli obowiązkowej służby wojskowej lub cywilnej[259]. Argument rzecznika generalnego o różnicy między sytuacją wynikającą z cech fizycznych danej płci oraz z regulacji krajowych nie wydaje się przekonujący, bowiem w gruncie rzeczy mamy do czynienia z takim samym skutkiem zastosowanych środków.

Niestety, Trybunał zajął stanowisko zbliżone do zaprezentowanego przez rzecznika generalnego w jego opinii, bliżej go przy tym nie uzasadnił. Uznał zatem ogólnie, że oceniane regulacje krajowe nie stanowią przejawu dyskryminacji bezpośredniej ze względu na płeć, bowiem zgodnie z utrwalonym orzecznictwem taki charakter mogą mieć jedynie przepisy, które są stosowane w zróżnicowany sposób w zależności od płci. Natomiast stwierdził ich pośrednio dyskryminujący charakter z tego względu, że zgodnie z prawem krajowym od kobiet nie wymaga się odbycia służby wojskowej lub cywilnej, a zatem nie mogą one skorzystać z pierwszeństwa przyjęcia na praktykę w przypadku większej liczby aplikantów niż liczby miejsc. Jednocześnie jednak dopuścił możliwość usprawiedliwienia regulacji niemieckich, pod warunkiem że zostały one wprowadzone głównie dla przeciwdziałania upływowi czasu związanemu z odbywaniem przymusowej służby wojskowej lub cywilnej.

Opinia rzecznika generalnego oraz rozstrzygnięcie Trybunału były krytykowane w doktrynie, która proponowała przyjęcie takiego stanowiska, że dyskryminacja bezpośrednia występuje wówczas, gdy kryterium odnosi się wyłącznie do jednej grupy osób, czy to pod

[259] Por. szerzej pkt 38–41 opinii rzecznika w sprawie C-79/99.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

względem faktycznym, czy też prawnym[260]. Wskazywano przy tym, że rozgraniczenie między omawianymi formami dyskryminacji powinno dokonywać się w oparciu o skutek zastosowanych środków, a jeśli okaże się, że kryterium, do którego się one odwołują, ma formalnie neutralny charakter, ale faktycznie prowadzi do uprzywilejowania wszystkich osób należących do danej grupy lub też niekorzystnego traktowania wszystkich osób należących do drugiej grupy, to trzeba przyjąć, że mamy do czynienia z dyskryminacją bezpośrednią[261].

Z czasem takie stanowisko zostało przyjęte przez sam Trybunał Sprawiedliwości. Jak się wydaje, pierwsze tego typu rozstrzygnięcie zapadło 10 marca 2005 roku w sprawie Vasiliki Nikoloudi v. Organismos Tilepikoinonion Ellados AE[262]. Dotyczyła ona regulacji ogólnego regulaminu pracowniczego stosowanego przez pozwaną spółkę – pracodawcę pani Nikoloudi. Zastrzegał on bowiem dla personelu sprzątającego, a co za tym idzie wyłącznie kobiet, zatrudnienie na czas nieokreślony w niepełnym wymiarze czasu pracy. Jednocześnie przewidziano, że jedynie pracownicy zatrudnieni w pełnym wymiarze czasu pracy przez okres przynajmniej dwóch lat mogli zostać włączeni do personelu etatowego, co wiązało się z wyższym wynagrodzeniem. W związku z tym, że powódka została pozbawiona możliwości włączenia do personelu etatowego, wniosła ona do sądu krajowego powództwo, utrzymując, że wykluczenie to stanowiło zabronioną prawem wspólnotowym dyskryminację ze względu na płeć. Co ciekawe, zarówno ona, Komisja Europejska, jak i rzecznik generalna Stix-Hackl[263] stali na stanowisku, że w takim przypadku mamy do czynienia z dyskryminacją pośrednią ze względu na płeć. Tymczasem Trybunał wskazał, że:

> pozbawienie w konsekwencji możliwości zatrudnienia na etacie przez pozornie neutralne pod względem płci pracownika odniesienie do ka-

[260] Por. Ch. Tobler, *Indirect Discrimination*..., s. 314 i cyt. tam literaturę przedmiotu.

[261] Ibidem, s. 315–316.

[262] C-196/02, ECR 2005, s. I–1789.

[263] Por. opinię z 29 kwietnia 2004 roku w sprawie Vasiliki Nikoloudi v. Organismos Tilepikoinonion Ellados AE, C-196/02, ECR 2005, s. I–1789.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

> tegorii pracowników, która zgodnie z uregulowaniem krajowym mającym moc ustawy składa się wyłącznie z kobiet, stanowi bezpośrednią dyskryminację ze względu na płeć [...] w sytuacji, w której założenie, zgodnie z którym jedynie personel sprzątający zatrudniony w niepełnym wymiarze czasu pracy został pozbawiony możliwości zatrudnienia na etacie, okazało się błędne, i w której przepisami spornych układów zbiorowych dotknięty jest znacznie większy odsetek kobiet niż mężczyzn, przewidziane w tych przepisach pozbawienie możliwości włączenia personelu tymczasowego zatrudnionego w niepełnym wymiarze czasu pracy do personelu etatowego stanowi dyskryminację pośrednią[264].

Wynika, z tego, że Trybunał uzależnił kwalifikację ocenianej regulacji jako dyskryminującej bezpośrednio lub pośrednio od tego, czy grupa, która znalazła się niekorzystnej sytuacji, składa się wyłącznie, czy też w przeważającej większości z kobiet. W pierwszym ze wskazanych przypadków mielibyśmy do czynienia z dyskryminacją bezpośrednią, mimo że przepisy regulaminu pracowniczego oraz układów zbiorowych nie odwoływały się do kryterium płci.

Podobne stanowisko zajął Trybunał w wyroku z 1 kwietnia 2008 roku w sprawie Tadao Maruko v. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen (VddB)[265] dotyczącym odmowy przyznania renty pozostałemu przy życiu partnerowi, który zawarł wcześniej zarejestrowany związek. Organ ubezpieczeniowy, do którego wniesiono wniosek o rentę, odrzucił go, argumentując, że świadczenie to przysługuje jedynie małżonkowi zmarłej osoby. W toku postępowania zarówno powód, jak i Komisja wyraziły pogląd, że odmowa przyznania renty rodzinnej pozostałemu przy życiu zarejestrowanemu partnerowi stanowi pośrednią dyskryminację w rozumieniu dyrektywy 2000/78, ponieważ dwie osoby tej samej płci nie mogą w Niemczech zawrzeć małżeństwa, a tym samym nie mogą korzystać ze świadczenia, z którego korzystanie jest zastrzeżone dla pozostałych przy życiu małżon-

---

[264] Pkt 40 i 57 wyroku w sprawie C-196/02.

[265] C-267/06, ECR 2008, s. I–1757.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

ków. Podobne stanowisko zajął rzecznik generalny Colomer w swojej opinii[266]. Tymczasem Trybunał stwierdził, że jeśli:

> sąd odsyłający stwierdzi, iż pozostali przy życiu małżonkowie i pozostali przy życiu zarejestrowani partnerzy znajdują się w porównywalnej sytuacji w odniesieniu do tej samej renty rodzinnej, należy w konsekwencji uznać, że uregulowanie takie jak analizowane w sprawie głównej powoduje bezpośrednią dyskryminację ze względu na orientację seksualną w rozumieniu art. 1 i 2 ust. 2 pkt a) dyrektywy 2000/78[267].

Taka linia orzecznicza została podtrzymana w wyroku z 10 maja 2011 roku w sprawie Jürgen Römer v. Freie und Hansestadt Hamburg[268], która dotyczyła przepisów krajowych uzależniających sposób obliczania uzupełniającego świadczenia emerytalnego od tego, czy dana osoba pozostawała w związku małżeńskim. Natomiast powód zawarł związek partnerski. W toku postępowania podnosił on, że jego prawo do równego traktowania z beneficjentami pozostającymi w związku małżeńskim i niebędącymi w trwałej separacji wynika z dyrektywy 2000/78. W tej sprawie rzecznik generalny Nilo Jääskinen stanął na stanowisku, że oceniana regulacja wydaje się stanowić dyskryminację bezpośrednią ze względu na orientację seksualną[269]. W rezultacie należało stwierdzić, czy sytuacja osób, pozostających w związku małżeńskim oraz w zarejestrowanym związku partnerskim, jest porównywalna. Zdaniem rzecznika analiza porównywalności powinna być dokonana przez sąd i skoncentrowana na prawach oraz obowiązkach małżonków i partnerów wynikających odpowiednio z przepisów mających zastosowanie do małżeństwa i przepisów mających zastosowanie do zarejestrowanego związku partnerskiego, które są istotne zważywszy na warunki przyznania rozpatrywanego świadczenia. Jeśli

---

[266] Por. pkt 96–104 opinii z 6 września 2007 roku w sprawie Tadao Maruko v. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen (VddB), C-267/06, ECR 2008, s. I–1757.

[267] Pkt 73 wyroku w sprawie C-267/06.

[268] C-147/08, niepubl., dostępny na stronie curia.europa.eu.

[269] Pkt 100 opinii z 15 lipca 2010 roku w sprawie Jürgen Römer v. Freie und Hansestadt Hamburg, C-147/08, niepubl., dostępna na stronie curia.europa.eu.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

jednak ocena ta wykluczy dyskryminację bezpośrednią ze względu na orientację seksualną, istnieje co najmniej dyskryminacja pośrednia w rozumieniu dyrektywy 2000/78. Rzecznik wskazał bowiem, że przepisy przewidujące korzystniejszy sposób obliczania uzupełniającego świadczenia emerytalnego dla beneficjenta pozostającego w związku małżeńskim i niebędącego w trwałej separacji prowadzą do szczególnie niekorzystnej sytuacji beneficjenta pozostającego w zarejestrowanym związku partnerskim. Ponadto nie zapewniają one realizacji zgodnego z prawem celu ani nie stanowią środka zarówno właściwego, jak i koniecznego dla osiągnięcia takiego celu. Ocena tych okoliczności również miała należeć do sądu krajowego[270].

Trybunał zaś orzekł, że za sprzeczny z dyrektywą 2000/78 należy uznać przepis:

> zgodnie z którym świadczeniobiorca pozostający w związku partnerskim otrzymuje uzupełniające świadczenia emerytalne w niższej wysokości niż świadczeniobiorca pozostający w związku małżeńskim, jeśli w danym państwie członkowskim małżeństwo jest zastrzeżone dla osób odmiennej płci i współistnieje z zarejestrowanym związkiem partnerskim, który jest zastrzeżony dla osób tej samej płci, oraz istnieje bezpośrednia dyskryminacja ze względu na orientację seksualną, ponieważ w prawie krajowym zarejestrowany partner znajduje się w sytuacji prawnej i faktycznej porównywalnej z sytuacją osoby pozostającej w związku małżeńskim w odniesieniu do tego świadczenia[271].

Ocena porównywalnego charakteru została pozostawiona sądowi krajowemu, jednakże Trybunał wskazał wyraźnie, iż ma ona koncentrować się na odpowiednich prawach i obowiązkach małżonków oraz osób pozostających w zarejestrowanym związku partnerskim, mających znaczenie w świetle celu i warunków przyznawania rozpatrywanego świadczenia. Należy zatem zauważyć, że w sprawach *Maruko* i *Römer* przedmiotem oceny były regulacje, które nie opierały się

[270] Ibidem, pkt 113 opinii.
[271] Pkt 54 wyroku w sprawie C-147/08.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

wprost na kryterium orientacji seksualnej, ale pozornie neutralnym wymogu małżeństwa, a jednak ich skutek był taki, że stawiał w niekorzystnym położeniu wszystkie osoby pozostające w zarejestrowanych związkach partnerskich.

Wydaje się zatem, że Trybunał przesunął punkt ciężkości z formy na treść przy kwalifikowaniu danego środka jako dyskryminującego bezpośrednio lub pośrednio[272]. Nie jest zatem istotne to, czy odwołuje się on do zakazanego kryterium, czy też nie, ale czy ma skutek zbliżony do środków wprost opartych na takim kryterium, tj. stawia całą chronioną nim grupę osób w niekorzystnej sytuacji. Jeśli tak, to mamy do czynienia z dyskryminacją bezpośrednią, jak to miało miejsce w omawianych sprawach[273]. Zgodnie z takim podejściem dyskryminacja pośrednia będzie odnosiła się do przypadków, w których regulacje oparte na pozornie neutralnym kryterium wywołują skutek, który nie jest aż tak daleko idący, aby postawić w niekorzystnej sytuacji całą chronioną grupę, ale jednak osiągnięty zostaje pewien poziom wpływu – dotknięta jest nieproporcjonalnie większa liczba osób chronionych przez dane kryterium.

2.1.4. Zakres uzasadnienia – decydujący czynnik przy odróżnianiu dyskryminacji bezpośredniej i pośredniej?

Jak wyżej wskazano, obie formy dyskryminacji różnią się od siebie co do zasady dopuszczalnością oraz zakresem uzasadnienia. Tradycyjne podejście w tym zakresie jest takie, że dyskryminacja bezpośrednia może być uzasadniona jedynie szczególnymi względami, wyraźnie wskazanymi w przepisach prawnych. Mamy zatem do czynienia z zamkniętym katalogiem podstaw, które mogą być powołane dla usprawiedliwienia bezpośrednio dyskryminującej regulacji. Z kolei w przy-

---

[272] Słusznie zwraca na to uwagę Ch. Tobler, *Limits and Potential of the Concept of Indirect Discrimination...*, s. 50.

[273] Por. J. Maliszewska-Nienartowicz, *Zakaz dyskryminacji ze względu na orientację seksualną i jego skutki – glosa do wyroku TS z 10.05.2011 r. w sprawie C-147/08 Jürgen Römer przeciwko Freie und Hansestadt Hamburg*, „Europejski Przegląd Sądowy" 2012, nr 5, s. 46.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

padku dyskryminacji pośredniej istnieje możliwość odniesienia się do „celów zgodnych z prawem", które nie są bliżej określone w przepisach prawnych. Oznacza to, że katalog podstaw stanowiących uzasadnienie ma otwarty charakter, a więc z istoty jest szerszy niż w kontekście dyskryminacji bezpośredniej[274].

W praktyce jednak mogą występować odstępstwa od tego klasycznego ujęcia albo ze względu na orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości w danym obszarze, albo też z uwagi na szczególne regulacje występujące w aktach prawa wtórnego. Jeśli chodzi o podejście Trybunału, to należy w pierwszej kolejności zwrócić uwagę na te jego rozstrzygnięcia, które odnoszą się do regulacji traktatowych nie przewidujących uzasadnienia. Należą do nich np. art. 18 TFUE, przewidujący zakaz dyskryminacji ze względu na przynależność państwową, czy też art. 40 ust. 2 TFUE przewidujący zakaz wszelkiej dyskryminacji między producentami lub konsumentami wewnątrz Unii w ramach wspólnej organizacji rynków rolnych. Na podstawie tych postanowień można by sformułować wniosek, że sprzeczne z nimi bezpośrednio dyskryminujące środki nie będą mogły zostać usprawiedliwione, bo nie zostało to wyraźnie przewidziane w przepisach traktatowych. Tymczasem Trybunał odnosząc się do zakazu dyskryminacji między producentami a konsumentami, przewidzianego w art. 40 ust. 3 TEWG (obecnie art. 40 ust. 2 TFUE) wskazał, że wynika z niego wymóg, aby:

> porównywalne sytuacje nie były różnie traktowane, a różne sytuacje nie były traktowane tak samo, chyba że takie podejście jest obiektywnie uzasadnione[275].

Odniósł się zatem ogólnie do koncepcji obiektywnego uzasadnienia, nie zastrzegając, że znajdzie ona zastosowanie jedynie w przypadku dyskryminacji pośredniej. Takie podejście Trybuna-

---

[274] Por. szerzej Ch. Tobler, *Indirect Discrimination...*, s. 316.

[275] Wyrok z 13 grudnia 1984 roku w sprawie Sermide SpA v. Cassa Conguaglio Zucchero, 106/83, ECR 1984, s. 4209.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

łu może wiązać się ze specyficznym charakterem wspólnej polityki rolnej, za którą instytucje unijne ponoszą polityczną odpowiedzialność, w związku z czym przysługuje im, zwłaszcza zaś Komisji Europejskiej, daleko idąca władza dyskrecjonalna przy podejmowaniu środków tej polityki[276]. Pozwala ona instytucjom i organom unijnym dokonywać wyważenia różnego rodzaju interesów i uwzględniać czynniki polityczne, ekonomiczne, społeczne oraz monetarne[277]. Koncepcja obiektywnego uzasadnienia jest niewątpliwie przydatna w tym zakresie, także w kontekście środków bezpośrednio dyskryminujących. Wydaje się jednak, że właśnie z uwagi na specyfikę wspólnej polityki rolnej stanowisko Trybunału należałoby traktować jako wyjątkowe.

Podobnych rozstrzygnięć, potwierdzających wprost możliwość uzasadniania środków dyskryminujących bezpośrednio, nie odnajdziemy bowiem w kontekście art. 18 TFUE (czy też obowiązujących wcześniej art. 7 TEWG oraz art. 12 TWE). Należy jednak zauważyć, że orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości odnoszące się do tego traktatowego postanowienia nie jest do końca przejrzyste. Na przykład, w wyroku z 20 marca 1997 roku w sprawie David Charles Hayes i Jeannette Karen Hayes v. Kronenberger GmbH[278] wskazał najpierw, że zakaz wszelkiej dyskryminacji ze względu na przynależność państwową wymaga, aby obywatele państw członkowskich byli traktowani absolutnie jednakowo, co wskazywałoby na bezwzględny charakter tego zakazu. Następnie jednak, mimo uznania bezpośrednio dyskry-

---

[276] Wielokrotnie zwracał na to uwagę sam Trybunał. Por. np. wyrok z 11 lipca 1989 r. w sprawie Hermann Schräder HS Kraftfutter GmbH & Co. KG v. Hauptzollamt Gronau, 265/87, ECR 1989, s. 2237; wyrok z 26 czerwca 1990 r. w sprawie Vincenzo Zardi v. Consorzio agrario provinciale di Ferrara, C-8/89, ECR 1990, s. I–2515; wyrok z 13 listopada 1990 roku w sprawie The Queen v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food and Secretary of State for Health, ex parte: Fedesa i inni, C-331/88, ECR 1990. s. I–4023, wyrok z 5 października 1994 r. w sprawie Antonio Crispoltoni v. Fattoria Autonoma Tabacchi and Giuseppe Natale and Antonio Pontillo v. Donatab Srl., C-133, 300 i 362/93, ECR 1994, s. I–4863.

[277] Por. J. A. McMahon, *Law of the Common Agricultural Policy*, Harlow 2000 (European Law Series), s. 36.

[278] C-323/95, ECR 1997, s. I–1711.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

minującego charakteru ocenianej regulacji, wskazał na jej niezgodność z zasadą proporcjonalności, która występuje przecież w ramach obiektywnego uzasadnienia. To zaś miało być podstawą wniosku końcowego o sprzeczności środka będącego przedmiotem postępowania z ogólnym zakazem dyskryminacji ze względu na przynależność państwową

Z kolei w wyroku z 2 października 1997 roku w sprawie Stephen Austin Saldanha i MTS Securities Corporation v. Hiross Holding AG[279] po stwierdzeniu dyskryminacji bezpośredniej rozważał argumenty pozwanego odnoszące się do uzasadnienia obiektywnymi względami, ale ostatecznie wskazał, iż:

> pozostaje faktem, że oceniane postanowienie nie wymaga od obywateli austriackich złożenia zabezpieczenia kosztów, nawet jeśli nie mieszkają oni, ani też nie posiadają majątku w Austrii[280].

W rezultacie Trybunał uznał sprzeczność regulacji będącej przedmiotem postępowania z ogólnym zakazem dyskryminacji ze względu na przynależność państwową. Tym samym pośrednio potwierdził niemożność obiektywnego uzasadnienia środków odwołujących się wprost do przynależności państwowej, a zatem mających bezpośrednio dyskryminujący charakter, choć oczywiście, lepiej byłoby, aby wprost odniósł się do tego zagadnienia. W każdym razie w doktrynie prezentowane jest stanowisko, że orzecznictwo Trybunału nie daje podstawy do przyjęcia, że odwołanie się wprost do kryterium przynależności państwowej w zakresie zastosowania Traktatu, które prowadzi do nierównego traktowania obywateli UE, może być usprawiedliwione, bowiem formuła obiektywnego uzasadnienia ma zastosowanie do dyskryminacji pośredniej[281]. Podkreśla się przy tym, że zakaz bezpośredniej dyskryminacji ze względu na przynależność państwową jest

---

[279] C-122/96, ECR 1997, s. I–5325.

[280] Ibidem, pkt 29.

[281] Por. szerzej A. Wróbel, *Art. 18*, [w:] *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz*, t. I, A. Wróbel, D. Miąsik, N. Półtorak (red.), Warszawa 2012, s. 401.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

zakazem bezwzględnym, a zatem nie może być usprawiedliwiony[282], który to pogląd należy podzielić.

Z orzecznictwa Trybunału wynika jednak wyraźnie, że nie zawsze orzeka on w sposób zgodny z tradycyjnym ujęciem, nawiązującym do tego, że dyskryminacja bezpośrednia może być uzasadniona jedynie szczególnymi względami, wyraźnie wskazanymi w przepisach prawnych. Dobrze byłoby zatem, aby jego rozstrzygnięcia były bardziej przejrzyste i wprost stwierdzały, np. w kontekście zakazu dyskryminacji ze względu na przynależność państwową z art. 18 TFUE, że dyskryminacja bezpośrednia nie może zostać usprawiedliwiona w przeciwieństwie do jej pośredniej formy. Takie orzecznictwo przyczyniłoby się do lepszego rozgraniczenia obu koncepcji prawnych. Niestety, również z niektórych przepisów prawa wtórnego Unii Europejskiej można wyprowadzić wniosek, że w pewnych przypadkach uzasadnienie nie odgrywa decydującej roli przy odróżnieniu dyskryminacji bezpośredniej i pośredniej.

Najlepszym przykładem w tym zakresie jest wskazywana już w pracy regulacja art. 6 dyrektywy 2000/78, która odnosi się do dyskryminacji ze względu na wiek. W związku z tym, że przepis ten mówi ogólnie o dyskryminacji, nie rozróżniając jej bezpośredniej oraz pośredniej formy, należy przyjąć, że obejmuje obie z nich. Tym samym stwarza podstawy dla daleko idącej możliwości uzasadniania dyskryminacji bezpośredniej. Przypomnijmy, że w przepisie tym najpierw następuje odesłanie do obiektywnego uzasadnienia – przewiduje się bowiem, że „państwa członkowskie mogą uznać, że odmienne traktowanie ze względu na wiek nie stanowi dyskryminacji, jeżeli w ramach prawa krajowego zostanie to obiektywnie i racjonalnie uzasadnione zgodnym z przepisami celem, w szczególności celami polityki zatrudnienia, rynku pracy i kształcenia zawodowego, i jeżeli środki mające służyć realizacji tego celu są właściwe i konieczne". Następnie zaś wymienia się przykłady takiego usprawiedliwionego odmiennego traktowania. Regulacja ta była przedmiotem słusznej krytyki w doktrynie, która podkreślała, że w ten sposób państwa członkowskie uzyskały

[282] Ibidem.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

szerokie możliwości w zakresie uzasadnienia dyskryminacji bezpośredniej ze względu na wiek [283]. Wyrażano też stanowisko, że regulacja art. 6 ust. 1 dyrektywy 2000/78 zaciera granice między dyskryminacją bezpośrednią a pośrednią[284].

W istocie bowiem przepis ten odwołuje się do elementów typowych dla tej drugiej – uzasadnienie zgodnym z przepisami celem, które się przykładowo wylicza, oraz zgodność zastosowanych środków z zasadą proporcjonalności. Zwraca na to uwagę Trybunał w swoim orzecznictwie odnoszącym się do art. 6 ust. 1 dyrektywy 2000/78, który od czasu jej wejścia w życie stał się przedmiotem najliczniejszych rozstrzygnięć, nie tylko w kontekście dyskryminacji ze względu na wiek, ale również na pozostałe kryteria. Większość z nich została już omówiona w pierwszym rozdziale pracy. Natomiast w tym miejscu warto odnieść się do wyroku z 5 marca 2009 roku w sprawie The Incorporated Trustees of the National Council on Ageing (Age Concern England) v. Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform[285], który dotyczył przepisów brytyjskich uznających za zgodne z prawem rozwiązanie stosunku pracy z osobą, z tego względu, że osiągnęła ona 65 lat i przeszła na emeryturę. Sąd krajowy zadał kilka pytań Trybunałowi m.in., czy istnieje znacząca praktyczna różnica pomiędzy kryteriami uzasadniającymi dyskryminację pośrednią a kryteriami uzasadniającymi dyskryminację bezpośrednią ze względu na wiek, zgodnie z art. 6 ust. 1 dyrektywy?[286]. Trybunał najpierw wskazał ogólnie, że:

> przy wyborze środków, za pomocą których można doprowadzić do osiągnięcia celów polityki zatrudnienia, państwa członkowskie dysponują szerokim zakresem uznania [...]. Jednakże ten zakres uznania nie może

---

[283] M. Bell, L. Waddington, *More Equal Than Others: Distinguishing European Union Equality Directives*, „Common Market Law Review" 2001, t. 38, nr 3, s. 599.

[284] Por. szerzej H. Meenan, *Age Discrimination – of Cinderella and the Golden Bough*, [w:] *Equality Law in an Enlarged European Union. Understanding the Article 13 Directives*, H. Meenan (red.), Cambridge 2007, s. 304.

[285] C-388/07, ECR 2009, s. I–1569.

[286] Ibidem, pkt 20.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

> skutkować pozbawieniem znaczenia wprowadzenia w życie zasady niedyskryminacji ze względu na wiek. Zwykłe twierdzenia ogólnej natury, dotyczące przydatności środka mającego służyć polityce zatrudnienia, rynku pracy i kształcenia zawodowego nie są wystarczające, aby uznać, że cel danego środka jest takiej natury, że uzasadnia odstępstwo od tej zasady; nie stanowią też dowodu pozwalającego na uznanie, że wybrane środki są przydatne dla osiągnięcia tego celu (zob. analogicznie wyrok z dnia 9 lutego 1999 r. w sprawie C–167/97 *Seymour-Smith i Perez*, Rec. s. I–623, pkt 75, 76)[287].

Jak widać, Trybunał odwołał się wprost do rozstrzygnięcia w sprawie, która dotyczyła dyskryminacji pośredniej ze względu na płeć. Następnie jednak doszedł do wniosku, że zakresy stosowania art. 2 ust. 2 pkt b) i art. 6 ust. 1 dyrektywy 2000/78 nie pokrywają się w całości. Ten pierwszy odnosi się bowiem do uzasadnienia jedynie w ramach dyskryminacji pośredniej, podczas gdy ten drugi zezwala państwom członkowskim na ustanowienie w ramach ich prawa krajowego przepisów wprowadzających różnice w traktowaniu ze względu na wiek, mieszczących się w kategorii bezpośredniej dyskryminacji. Następnie Trybunał zauważył, że art. 6 ust. 1 przyznaje państwom członkowskim możliwość wprowadzenia w ich prawie krajowym określonych rodzajów różnic w traktowaniu ze względu na wiek, jeśli są one „obiektywnie i racjonalnie" uzasadnione zgodnym z prawem celem. Jednakże jego zdaniem nie ma znaczenia, że przysłówek „racjonalnie" nie pojawia się w art. 2 ust. 2 pkt b) dyrektywy, bowiem:

> nie można sobie wyobrazić, aby różnica w traktowaniu mogła być uzasadniona zgodnym z prawem celem, osiągniętym za pomocą właściwych i koniecznych środków, a jednocześnie uzasadnienie to nie byłoby racjonalne. A zatem nie trzeba przywiązywać szczególnej wagi do okoliczności, że przysłówek ten nie pojawia się w art. 6 ust. 1 dyrektywy. Należy jednak podkreślić, że przepis ten jest zaadresowany do państw członkowskich i mimo posiadania przez nie szerokiego zakresu uznania

[287] Ibidem, pkt 51.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

w materii polityki społecznej, nakłada na nie obowiązek udowodnienia zgodności z prawem wyznaczonego celu, w połączeniu z wysokimi wymaganiami dowodowymi[288].

Jak widać, Trybunał dostrzega wprawdzie różnice w zakresie zastosowania art. 2 ust. 2 pkt b oraz art. 6 ust. 1 dyrektywy 2000/78, a zwłaszcza okoliczność, że drugi z tych przepisów znajduje zastosowanie również do dyskryminacji bezpośredniej, ale nie formułuje względem nich innych standardów uzasadnienia, mimo że powód zwracał na to uwagę. Rezultat takiego stanowiska może być taki, że w sprawach dotyczących dyskryminacji ze względu na wiek państwa będą częściej powoływać się na art. 6 ust. 1 dyrektywy 2000/78, niż na jej regulacje odnoszące się do dyskryminacji pośredniej. Potwierdza to dotychczasowe orzecznictwo Trybunału, w ramach którego zdecydowana większość rozstrzygnięć dotyczyła tego właśnie postanowienia. Ogólnie należy zatem zauważyć, że w wyniku wyraźnej regulacji dyrektywy 2000/78 w sprawach dotyczących dyskryminacji ze względu na wiek nie ma zasadniczego znaczenia, czy stwierdzimy występowanie dyskryminacji bezpośredniej, czy też pośredniej, bowiem obie mogą zostać uzasadnione według zbliżonych standardów.

Wskazane wyżej przykłady orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości oraz regulacji prawa wtórnego Unii Europejskiej pokazują, że w pewnych przypadkach istnieje możliwość szerszego uzasadnienia dyskryminacji bezpośredniej. Jak się wydaje, często decyduje o tym specyfika obszaru, którego dotyczą takie bezpośrednio dyskryminujące środki. W ramach polityki rolnej mamy do czynienia z dużą odpowiedzialnością polityczną instytucji unijnych za podejmowane tam działania, a tym samym przyznaje się im szerszy zakres władzy dyskrecjonalnej. Z kolei w przypadku dyskryminacji ze względu na wiek należy mieć na uwadze sytuację na rynku pracy w poszczególnych państwach członkowskich. W rezultacie odróżnia się „odmienne traktowanie, które jest uzasadnione, w szczególności wynikającymi z prawa celami polityki zatrudnienia, rynku pracy i kształcenia za-

[288] Ibidem, pkt 65.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

wodowego, od dyskryminacji, która musi być zakazana" (ustęp 25 preambuły dyrektywy 2000/78). Oczywiste jest to, że brak jednolitego podejścia do kwestii uzasadnienia jako czynnika odróżniającego dyskryminację bezpośrednią i pośrednią, nie sprzyja ich rozgraniczeniu. Nie wydaje się jednak, aby dobrym rozwiązaniem tego problemu było przyjęcie możliwości uzasadnienia w ramach obu form dyskryminacji, niezależnie od obowiązujących przepisów. Należy bowiem pamiętać, że w przypadku dyskryminacji bezpośredniej mamy do czynienia z oparciem danego środka wprost na zakazanym kryterium, a zatem z reguły ma ona zamierzony charakter. Tymczasem dyskryminacja pośrednia nie musi łączyć się z zamiarem nierównego traktowania – dyskryminacyjny skutek może być więc nawet przypadkowy. Jak się wydaje, jest to wystarczający powód, aby w ramach tej ostatniej przyznać szersze możliwości uzasadnienia zastosowanego środka.

2.2. Dyskryminacja pośrednia a ograniczenia w ramach swobód rynku wewnętrznego

2.2.1. Pierwsze rozstrzygnięcia Trybunału Sprawiedliwości odnoszące się do ograniczeń

Niezależnie od podejścia opartego na dyskryminacji, Trybunał Sprawiedliwości w swoim orzecznictwie dotyczącym swobód traktatowych zaczął stosować koncepcję tzw. ograniczeń (ang. *restrictions*). Co ciekawe, w niektórych sprawach czynił to wbrew stanowisku stron, czy też rzeczników generalnych, którzy wskazywali na dyskryminację pośrednią. Jedno z pierwszych takich rozstrzygnięć zapadło 3 grudnia 1974 roku w sprawie *Van Binsbergen*[289]. Trybunał podkreślił tam, że:

> w szczególności wymóg, aby osoba świadcząca usługę musiała stale zamieszkiwać na terytorium państwa, na którym jest ona świadczona,

[289] Johannes Henricus Maria van Binsbergen v. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid, 33/74, ECR 1974, s. 1299.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

> może prowadzić do pozbawienia art. 59 [TEWG, obecnie art. 56 TFUE, dopisek J. M.-N.] wszelkiego korzystnego skutku, mając na uwadze to, że ściśle określonym celem tego przepisu jest zniesienie ograniczeń w zakresie swobody świadczenia usług [...][290].

Następnie jednak dodał, że wymogi nałożone na usługodawcę, choć utrudniają lub wręcz uniemożliwiają jego działalność, nie mogą być uznane za niezgodne z Traktatem, jeżeli ich celem jest zastosowanie reguł zawodowych uzasadnionych dobrem powszechnym, w szczególności reguł dotyczących organizacji, kwalifikacji, etyki zawodowej, nadzoru i odpowiedzialności, które są wiążące dla każdej osoby prowadzącej działalność na terenie tego państwa[291]. Wyrok w sprawie *Van Binsbergen* i późniejsze, w których Trybunał zastosował podobny tok wnioskowania, sugerowały, że zakaz przeszkód w swobodnym świadczeniu usług na wspólnym rynku powinien objąć także regulacje krajowe nie mające dyskryminacyjnego charakteru. Państwa członkowskie stosujące takie przepisy powinny mieć jednak możliwość skorzystania z szerszego zakresu wyjątków niż te, które przewidziano w Traktacie, a zatem odwołać się do szczególnie istotnych aspektów interesu publicznego, pod warunkiem zachowania zasady proporcjonalności[292].

Do koncepcji ograniczeń Trybunał odniósł się także w wyroku z 28 kwietnia 1977 roku w sprawie Jean Thieffry v. Conseil de l'ordre des avocats à la cour de Paris[293]. Dotyczył on swobody prowadzenia działalności gospodarczej, a ściślej kwestii uznawania dyplomów. Powód uzyskał tytuł doktora w zakresie prawa belgijskiego i najpierw

---

[290] Ibidem, pkt 11.

[291] W doktrynie podkreśla się, że posłużenie się przez Trybunał formułą o „uzasadnieniu dobrem powszechnym" może świadczyć o tym, że chciał wprowadzić w ramy swobody przepływu usług elementy reguły rozsądku, która legła również u podstaw orzeczenia *Cassis de Dijon*. Por. M. Szwarc, *Ograniczenia swobody zakładania przedsiębiorstw i świadczenia usług w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości*, „Studia Prawnicze" 2001, nr 2, s. 90.

[292] Por. A. Zawidzka, *Rynek wewnętrzny Wspólnoty Europejskiej a interes publiczny*, Warszawa 2005, s. 132.

[293] Sprawa 71/76, ECR 1977, s. 765.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

praktykował jako adwokat w Belgii, a następnie przeniósł się do Paryża. Tam uznano jego dyplom za równoważny z francuskim dyplomem licencjata, a po zdaniu egzaminu uzyskał certyfikat upoważniający go do wykonywania zawodu adwokata. Kiedy jednak ubiegał się o przyjęcie do Rady Adwokackiej w Paryżu, odrzucono jego wniosek na tej podstawie, że nie przedstawił francuskiego dyplomu potwierdzającego wykształcenie. Zdaniem pana Thieffry takie postępowanie stanowiło wyraz dyskryminacji ze względu na przynależność państwową. Zarówno Komisja Europejska, jak i rzecznik generalny Mayras wskazywali, że mamy do czynienia z dyskryminacją pośrednią ze względu na przynależność państwową. Trybunał zajął jednak dość specyficzne stanowisko. Najpierw bowiem odwołał się do ogólnego programu dotyczącego zniesienia ograniczeń w zakresie swobody prowadzenia działalności gospodarczej z 18 grudnia 1961 roku, wskazując, że nakazuje on wyeliminowanie nie tylko jawnej dyskryminacji, ale również jakichkolwiek ukrytych jej form. Następnie jednak nie nawiązał do koncepcji dyskryminacji pośredniej, ale uznał, że w tym przypadku miało miejsce ograniczenie traktatowej swobody prowadzenia działalności gospodarczej[294].

Wreszcie w wyroku z 28 listopada 1978 roku w sprawie postępowanie karne przeciwko Michel Choquet[295], która dotyczyła wymogu uzyskania prawa jazdy w państwie zatrudnienia danej osoby, niezależnie od posiadania prawa jazdy wydanego w państwie pochodzenia, Trybunał odniósł się do koncepcji ograniczeń w ramach swobody przepływu pracowników, prowadzenia działalności gospodarczej i świadczenia usług. Stwierdził zatem, że taki wymóg co do zasady nie stanowi ograniczenia tych trzech swobód, bowiem służy zapewnieniu bezpieczeństwa drogowego. Dodał jednak, że:

> tego typu regulacje krajowe mogłyby zostać uznane za sprzeczne z prawem wspólnotowym, tylko jeśli ich zastosowanie miałoby spowodować dla osób, które uzyskały prawo jazdy w innym państwie członkowskim,

[294] Ibidem, pkt 27.
[295] Sprawa 16/78, ECR 1978, s. 2293.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

takie trudności, że w istocie stanowiłyby dla tych osób przeszkodę w wykonywaniu ich praw wynikających z art. 48,52 oraz 59 Traktatu[296]

Jak widać, w tym rozstrzygnięciu Trybunał zastosował koncepcję ograniczeń również do swobody przepływu pracowników, mimo że zarówno ówczesny art. 48 TEWG, jak i obecny art. 45 TFUE odnosi się do zakazu wszelkiej dyskryminacji ze względu na przynależność państwową[297]. Z kolei art. 49 i 56 TFUE zakazują stosowania ograniczeń w ramach swobody prowadzenia działalności gospodarczej (przedsiębiorczości) oraz świadczenia usług. W podobny sposób sformułowane są art. 34 i 35 TFUE odnoszące się do swobody przepływu towarów oraz art. 63 TFUE regulujący swobodę przepływu kapitału i płatności. Poza ostatnim postanowieniem, który uzyskał aktualny kształt w Traktacie z Maastricht, pozostałe regulacje traktatowe dotyczące wolności rynku wewnętrznego od początku były tak ujęte. Czy zatem nie należało stosować koncepcji dyskryminacji w ramach swobody przepływu pracowników, a ograniczeń w ramach pozostałych swobód? Trybunał Sprawiedliwości nie wyszedł z takiego założenia i przez długi okres czasu traktował wszystkie postanowienia dotyczące swobód traktowych jako zakazujące dyskryminacji ze względu na przynależność państwową[298], która rzecz jasna obejmowała też dyskryminację pośrednią. Natomiast w niektórych rozstrzygnięciach, co potwierdzają wskazane wyżej trzy wyroki, odnosił się do koncepcji ograniczeń, która z czasem zaczęła dominować w jego orzecznictwie.

Można się oczywiście zastanawiać, dlaczego na tamtym etapie tworzenia wspólnego rynku, a zatem w latach siedemdziesiątych, nastąpiło odwołanie do ograniczeń, a nie do dyskryminacji pośredniej, skoro stan faktyczny wszystkich trzech spraw na to pozwalał. W istocie bowiem miało tam miejsce odwołanie do neutralnego kryterium

---

[296] Ibidem, pkt 8.

[297] Por. też Ch. Hilson, *Discrimination in Community Free Movement Law*, „European Law Review" 1999, t. 24, nr 5, s. 445. Autor zwraca uwagę na to, że w istocie pojęcie „dyskryminacja" jest użyte tylko w tym przepisie, natomiast nie w pozostałych dotyczących swobód traktatowych.

[298] Ibidem, s. 446.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

(a zatem wymogu stałego zamieszkiwania w sprawie *Van Binsbergen*, posiadania krajowego dyplomu w sprawie *Thieffry* oraz krajowego prawa jazdy w sprawie *Choquet*), co jednak w efekcie prowadziło do niekorzystnej sytuacji osób posiadających obywatelstwo innych państw członkowskich. Jedną z przyczyn nieujęcia tych przypadków w kategoriach dyskryminacji pośredniej może być to, że na tym etapie jej rozwoju nie mieliśmy do czynienia z w pełni ukształtowanym obiektywnym uzasadnieniem. Jeśli zatem Trybunał zamierzał uwzględnić argumenty podawane np. w sprawie *Van Binsbergen*, musiał to uczynić stosując nieco inne podejście, czyli właśnie koncepcję ograniczeń, uzasadnionych dobrem powszechnym[299]. Wskazuje się również, że pewną rolę mogło odegrać to, że różnice, jakie występują między systemami prawnymi państw członkowskich, nie zawsze mogą być ujmowane w kategoriach dyskryminacji[300]. W każdym razie wskazane przykłady rozstrzygnięć można traktować jako zapowiedź tego, że Trybunał nie zamierzał poprzestać na ocenie takich krajowych środków, które mają bezpośrednio lub też pośrednio dyskryminacyjny charakter, ale postanowił objąć nią także te, które są stosowane bez zróżnicowania.

2.2.2. Ugruntowanie podejścia opartego na koncepcji ograniczeń

Począwszy od lat 90-tych ubiegłego wieku w orzecznictwie Trybunału zaczęło dominować podejście oparte na koncepcji ograniczeń. W kontekście swobody przepływu usług wskazywało na to rozstrzygnięcie z 25 lipca 1991 roku w sprawie Manfred Säger v. Dennemeyer & Co. Ltd[301]. Trybunał podkreślił tam, że:

> Art. 59 Traktatu (obecnie art. 56 TFUE, dopisek J.M.-N.) wymaga nie tylko wyeliminowania wszelkich form dyskryminacji przeciwko osobie świadczącej usługi ze względu na przynależność państwową, ale rów-

[299] Por. szerzej Ch. Tobler, *Indirect Discrimination…*, s. 380.
[300] Ibidem.
[301] C-76/90, ECR 1991, s. I–4221.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

nież zniesienia jakichkolwiek ograniczeń, nawet gdy są one stosowane bez zróżnicowania do krajowych osób świadczących usługi oraz pochodzących z innych państw członkowskich, jeśli jednak mogą one zakazać lub w inny sposób powstrzymać świadczenie usług przez osobę z innego państwa członkowskiego, na którego terytorium legalnie świadczy on podobne usługi. W szczególności państwo członkowskie nie może uzależnić świadczenia usług od spełnienia wszystkich warunków stawianych w przypadku podejmowania działalności gospodarczej na jego terytorium i w ten sposób pozbawiać regulacje służące zapewnieniu swobody przepływu usług wszelkiej praktycznej skuteczności[302].

W dalszej części rozstrzygnięcia Trybunał potwierdził możliwość uzasadnienia środków krajowych tzw. wymogami koniecznymi interesu publicznego. Doprecyzował przy tym warunki, jakim muszą odpowiadać regulacje krajowe, aby można je było uznać za uzasadnione. Przede wszystkim muszą być one stosowane bez zróżnicowania. Ponadto interes ogólny nie może być już chroniony przepisami państwa, w którym dany podmiot ma swoją siedzibę. Wreszcie przepisy wprowadzające ograniczenia muszą być proporcjonalne do zamierzonego celu. Należy przy tym zauważyć, że nie może to być cel o czysto ekonomicznym charakterze[303].

---

[302] Ibidem, pkt 12–13. W późniejszym orzecznictwie Trybunał doprecyzował, że Traktat „wymaga zniesienia jakichkolwiek ograniczeń swobodnego świadczenia usług, nawet gdy ograniczenia te są stosowane bez różnicy zarówno w stosunku do krajowych usługodawców, jak i usługodawców z innych państw członkowskich, jeżeli są w stanie zakazać, utrudnić lub uczynić mniej atrakcyjną działalność usługodawcy mającego siedzibę w innym państwie członkowskim, gdzie zgodnie z przepisami świadczy on takie same usługi" – tak. m.in. w wyroku z 8 września 2009 roku w sprawie Liga Portuguesa de Futebol Profissional Bwin International Ltd, dawniej Baw International Ltd v. Departamento de Jogos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa, C-42/07, ECR 2009, s. I–7633, pkt 51; wyroku z 3 czerwca 2010 roku w sprawie Sporting Exchange Ltd, działająca pod nazwą „Betfair" v. Minister van Justitie, C-203/08, ECR 2010, s. I–4695, pkt 23; wyroku z 4 października 2011 roku w sprawach połączonych Football Association Premier League Ltd i inni v. QC Leisure i inni oraz Karen Murphy v. Media Protection Services Ltd, C-403/08 i C-429/08, niepubl., dostępny na stronie curia.europa.eu.

[303] Por. szerzej M. Szwarc, op. cit., s. 106, która ogólnie zauważa, że z orzecznic-

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

Koncepcja ograniczeń została następnie rozszerzona na sprawy dotyczące swobody przepływu pracowników oraz prowadzenia działalności gospodarczej. W wyroku z 31 marca 1993 roku w sprawie Dieter Kraus v. Land Baden-Württemberg[304] Trybunał wskazał, że:

> art. 48 i 52 Traktatu (obecnie art. 45 i 49 TFUE) wyłączają stosowanie środków krajowych określających warunki stosowania tytułów akademickich uzyskanych w innym państwie członkowskim, jeśli taka regulacja, chociaż stosowana bez dyskryminacji ze względu na przynależność państwową, może utrudnić lub uczynić mniej atrakcyjnym realizację swobód gwarantowanych w Traktacie. Sytuacja byłaby inna, tylko jeśli taki środek służyłby realizacji celu zgodnego z Traktatem i uzasadnionego nadrzędnymi wymogami interesu publicznego. Ponadto musiałby on być odpowiedni do realizacji tego celu i nie wykraczać poza to, co jest konieczne do jego osiągnięcia[305].

Jak widać, Trybunał doprecyzował charakter ograniczeń, uznając, że są to takie regulacje, które nie wywołują dyskryminacyjnego skutku, ale mogą utrudniać lub nawet czynić mniej atrakcyjnym korzystanie ze swobód rynku wewnętrznego.

Przełomowy charakter w zakresie odchodzenia od podejścia opartego na dyskryminacji w kierunku opartego na koncepcji ograniczeń miało rozstrzygnięcie z 30 listopada 1995 roku w sprawie Reinhard Gebhard v. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano[306]. Trybunał dokonał tam jednocześnie swoistego podsumowania swojego dotychczasowego orzecznictwa dotyczącego wymogów koniecznych interesu publicznego. Stwierdził wprost, że:

---

twa Trybunału można wywieść prawidłowość, iż jest on skłonny uznać jedynie takie cele ekonomiczne, które mają charakter strukturalny, globalny, np. spójność systemu podatkowego. Natomiast odmawia uznania celów o incydentalnym charakterze.

[304] C-19/92, ECR 1993, s. I–1663.

[305] Ibidem, pkt 32.

[306] C-55/94, ECR 1995, s. I–4165.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

> regulacje krajowe, które utrudniają lub czynią mniej atrakcyjnym wykonywanie podstawowych swobód gwarantowanych Traktatem muszą spełniać cztery warunki: muszą być stosowane w sposób niedyskryminacyjny; być uzasadnione wymogami koniecznymi interesu publicznego; być odpowiednie dla osiągnięcia wyznaczonego celu; nie mogą wykraczać poza to, co jest konieczne do jego osiągnięcia[307].

Podejście oparte na koncepcji ograniczeń będzie potem stosowane w orzecznictwie Trybunału odnoszącym się do swobody przepływu pracowników[308], prowadzenia działalności gospodarczej, świadczenia usług oraz przepływu kapitału[309]. Dlatego też w literaturze podkreśla się, że Trybunał, dokonując oceny regulacji krajowych, przeprowadza zbliżoną kwalifikację, a zatem stara się traktować w jednakowy sposób poszczególne swobody rynku wewnętrznego[310]. Takie podejście jest niekiedy przedmiotem krytyki w doktrynie. Zgłaszane są np. wątpliwości co do tego, czy było właściwym rozszerzenie koncepcji ograniczeń na sferę poza swobodą przepływu usług[311]. Wydaje się, że dużą rolę w tym zakresie odegrało to, iż jest ona prostsza w stosowaniu niż podejście oparte na dyskryminacji.

Przede wszystkim bowiem nie jest konieczne przeprowadzenie porównania sytuacji osób pochodzących z innych państw członkowskich z osobami z danego państwa członkowskiego. Tym samym wyeliminowane zostają trudności dowodowe, zwłaszcza zaś potrzeba wykazania, że zdecydowaną większość osób, na które wpływa środek

---

[307] Ibidem, pkt 37.

[308] Por. np. wyrok z 15 grudnia 1995 roku w sprawie Union royale belge des sociétés de football association ASBL v. Jean-Marc Bosman, C-415/93, ECR 1995, s. I–4921, pkt 104 czy wyrok z 15 września 2005 roku w sprawie Komisja WE v. Królestwo Danii, C-464/02, ECR 2005, s. I–7929, pkt 45.

[309] Por. m.in. wyrok z 4 czerwca 2002 roku w sprawie Komisja WE v. Republika Portugalii, C-367/98, ECR 2002, s. I–4731.

[310] Por. A. Zawidzka, op. cit., s. 247 oraz V. Hatzopoulos, *Recent Developments of the Case Law of the ECJ in the Field of Services*, „Common Market Law Review" 2000, t. 37, nr 1, s. 70.

[311] C. Barnard, *Restricting Restrictions: Lessons for the EU from the US?*, „Cambridge Law Journal" 2009, t. 68, nr 3, 592.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

krajowy, stanowią migrujący pracownicy, przedsiębiorcy czy usługodawcy, lub że dany warunek działa na ich niekorzyść, czy też wprost przeciwnie, że może on zostać znacznie łatwiej spełniony przez krajowych pracowników, przedsiębiorców czy usługodawców. W literaturze przedmiotu zwraca się również uwagę na to, że podejście oparte na koncepcji ograniczeń ma ten walor, że pozwala nałożyć na państwa członkowskie obowiązki o pozytywnym charakterze, np. związane z przyjęciem regulacji dotyczących uznawania dyplomów[312].

Nie wydaje się natomiast, aby decydujące znaczenie dla ugruntowania tego podejścia miało to, jaki skutek wywołują oceniane środki krajowe. Trybunał nie bada bowiem, czy są one faktycznie stosowane bez zróżnicowania w tym sensie, że ich skutki są identyczne dla podmiotów krajowych oraz pochodzących z innych państw członkowskich. W istocie zatem wiele środków zakwalifikowanych jako ograniczenia równie dobrze mogłoby zostać ocenionych z odniesieniem się do koncepcji dyskryminacji pośredniej, np. wymóg uzależniający prawo do posługiwania się tytułami akademickimi uzyskanymi w innym państwie członkowskim od wcześniejszej autoryzacji, którego dotyczyła sprawa *Kraus*. W efekcie należy zauważyć, że koncepcja ograniczeń jest szeroka i obejmuje nie tylko takie regulacje czy praktyki, które wywołują identyczne skutki dla podmiotów krajowych oraz pochodzących z innych państw członkowskich (w doktrynie określa się je mianem *truly indistinctly applicable measures*), ale również takie, które choć pozornie neutralne, to jednak mają niekorzystny wpływ na osoby należące do tej drugiej grupy. W praktyce niewiele jest takich spraw, które odnoszą się do środków stosowanych rzeczywiście bez zróżnicowania[313], a dominują te, które można by oceniać stosując zarówno podejście oparte na ograniczeniach, jak i na dyskryminacji pośredniej. Jakie zatem stanowisko zajmuje Trybunał i jak rozgraniczyć te dwie wskazane koncepcje? Czy to w ogóle jest możliwe, czy też należałoby całkowicie odejść od dyskryminacji pośredniej i zastąpić ją ograniczeniami?

---

[312] Por. Ch. Tobler, *Indirect Discrimination…*, s. 388.

[313] Ibidem, s. 390.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

2.2.3. Próba rozgraniczenia koncepcji dyskryminacji pośredniej i ograniczeń

Stosunkowo klarownie przedstawia się kwestia rozgraniczenia tych koncepcji jedynie w sprawach dotyczących środków krajowych, które wiążą się z nałożeniem podwójnego ciężaru na towary czy podmioty z innych państw członkowskich w tym znaczeniu, że muszą one spełniać wymogi wynikające z dwóch systemów prawnych – państwa pochodzenia oraz państwa przeznaczenia. W wyroku z 3 lutego 1982 roku w sprawie Seco i Desquenne & Giral v. Etablissement d'assurance contre la vieillesse et l'invalidité[314] Trybunał rozpatrywał tego typu środki w kategoriach dyskryminacji, jednakże w rozstrzygnięciu z 9 sierpnia 1994 roku w sprawie Vander Elst v. Office des Migrations Internationales[315] odszedł od tego stanowiska. Sprawa ta dotyczyła przepisów francuskich, wymagających od pracowników z krajów trzecich posiadania zezwolenia na pracę. Belgijska firma prowadząca prace na terenie Francji oprócz robotników belgijskich zatrudniała również obywateli Maroka. Ci ostatni posiadali belgijskie zezwolenia na pracę i byli objęci belgijskim systemem ubezpieczeń społecznych. Posiadali również krótkoterminowe wizy na pobyt we Francji, ale już nie zezwolenia na pracę. Trybunał stwierdził, że system udzielania zezwoleń na pracę został ustanowiony w celu regulowania dostępu do francuskiego rynku pracy dla pracowników z państw trzecich. Tymczasem pracownicy zatrudnieni przez przedsiębiorstwo mające siedzibę na terenie jednego z państw członkowskich, którzy są wysyłani na pewien czas do innego państwa w celu świadczenia tam usług, nie szukają dostępu do rynku pracy. W rezultacie Trybunał nie tylko uznał, że warunek posiadania zezwolenia na pracę stanowi ograniczenie w zakresie swobody świadczenia usług, ale również, że nie może on być usprawiedliwiony ochroną francuskiego rynku pracy, bowiem jest zbyt daleko idący.

W doktrynie podkreśla się, że takie stanowisko Trybunału może oznaczać, iż w sprawach dotyczących tzw. podwójnych regulacji (wy-

[314] Sprawy połączone 62 i 63/81, ECR 1981, s. 223.
[315] C-43/93, ECR 1994, s. I–3803.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

mogów) zdecydował się stosować koncepcję ograniczeń, głównie z tego względu, że różnice w regulacjach prawnych państw członkowskich trudno uzasadniać, odwołując się do dyskryminacji pośredniej[316]. Jest to zatem dość klarowne podejście, pozwalające przypuszczać, że podobne środki krajowe, tj. przewidujące podwójne wymogi, również zostaną potraktowane jako ograniczenia[317].

Niestety, w innych rozstrzygnięciach Trybunał nie daje wyraźnych wskazówek co do tego, jak rozgraniczać obie koncepcje. Zdarza się bowiem, że tak naprawdę odnosi się do obu, nie wskazując ostatecznie, która z nich znajduje zastosowanie w danej sprawie. Powoduje to, że jego rozstrzygnięcia nie mają dostatecznie przejrzystego charakteru. Na przykład, w wyroku z 2 grudnia 1997 roku w sprawie Eftalia Dafeki v. Landesversicherungsanstalt Württemberg[318] Trybunał wskazał najpierw, że przepisy niemieckie skutkujące przyznaniem dokumentom potwierdzającym status cywilny różnej wartości w zależności od miejsca ich wystawienia, czy też sprostowania, w praktyce działają na niekorzyść pracowników z innych państw członkowskich. Zastosował zatem podejście oparte na dyskryminacji pośredniej. Następnie jednak wskazał na istnienie znacznych różnic między systemami prawnymi państw członkowskich, jeśli chodzi o sprostowanie świadectw urodzenia. Z tego zaś Trybunał wyprowadził wniosek, że władze administracyjne i sądowe państw członkowskich nie są zobowiązane uznawać za równoważne sprostowań dokonywanych przez organy krajowe z tymi, których dokonują organy innych państw członkowskich. Oznaczałoby to, że nie dopatrzył się dyskryminacji pośredniej. W dalszej części rozstrzygnięcia uznał jednak, iż korzystanie ze swobody przepływu pracowników nie jest możliwe bez dokumentów odnoszących się do urodzenia, które generalnie są wystawiane przez organy państwa członkowskiego pochodzenia. Dlatego też

---

[316] Por. szerzej Ch. Tobler, *Indirect Discrimination*..., s. 400–401.

[317] Potwierdzają to m.in. wyrok z 29 kwietnia 2004 roku w sprawie Komisja WE v. Republika Portugalii, C-171/02, ECR 2004, s. I–5645, pkt 60 oraz wyrok z 18 listopada 2010 roku w sprawie Komisja Europejska v. Republika Portugalii, C-458/08, ECR 2010, s. I–11599, pkt 84.

[318] C-336/94, ECR 1997, s. I–6761.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

władze krajowe muszą uznawać dokumenty odnoszące się do statusu cywilnego wydawane w innych państwach członkowskich, chyba że ich dokładność jest podważana przez konkretne dowody, co zależy jednak od okoliczności danego przypadku. Trybunał nie odniósł się zatem wyraźnie do koncepcji ograniczeń, ale wydaje się, że legła ona u podstaw jego rozstrzygnięcia, skoro nałożył na organy krajowe pewne pozytywne obowiązki.

Można również znaleźć przykłady takich rozstrzygnięć, w których Trybunał wręcz unika określenia, czy mamy do czynienia z dyskryminacją pośrednią, czy też ograniczeniem, a jedynie stwierdza ogólnie, że:

> mając na uwadze perspektywę utworzenia jednolitego rynku i dla umożliwienia osiągnięcia jego celów, art. 59 Traktatu [obecnie art. 56 TFUE, dopisek J. M.-N.] wyklucza stosowanie jakichkolwiek przepisów krajowych, które skutkują utrudnieniem świadczenia usług między państwami członkowskimi[319].

W rezultacie bada, czy dana regulacja tworzy przeszkodę dla swobodnego świadczenia usług na rynku wewnętrznym. Wydaje się, że może to mieć związek ze złożonością stanu faktycznego i prawnego, w którym trudno przeprowadzić ocenę dyskryminacyjnego charakteru środka. W omawianej sprawie Trybunał sam stwierdził bowiem, że:

> przepisy takie, jak przepisy szwedzkie czynią trudnym, jeśli nie niemożliwym, określenie przez sąd krajowy, czy oceniany reżim podatkowy ma dyskryminacyjny charakter, porównując z jednej strony, podatek od zysków od ubezpieczeń pobierany od przedsiębiorstw mających siedzibę w Szwecji, a z drugiej strony, podatek od składek na ubezpieczenie płaconych przedsiębiorstwom nie mającym siedziby w Szwecji[320].

---

[319] Wyrok z 28 kwietnia 1998 roku w sprawie Jessica Safir v. Skattemyndigheten i Dalarnas Län, formerly Skattemyndigheten i KopparbergsLän, C-118/96, ECR 1998, s. I–1897, pkt 23.

[320] Ibidem, pkt 32.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

Wskazał tym samym, że porównywalność obu podatków może być trudna do przeprowadzenia i stąd lepiej badać, czy wskazane regulacje nie mają negatywnego wpływu na swobodę świadczenia usług, czyli nie stanowią przeszkody w tym zakresie.

Podobne wnioski zostały sformułowane w wyroku z 28 kwietnia 1998 roku w sprawie Raymond Kohll v. Union des caisses de maladie[321]. Trybunał wskazał tam, że przepisy stosowane przez Luksemburg, które uzależniały zwrot kosztów leczenia podjętego w innym państwie członkowskim od wcześniejszego upoważnienia przez władze krajowe, powstrzymują osoby ubezpieczone od korzystania z usług medycznych na terytorium Unii. W rezultacie uznał, że stanowią one zarówno dla osób świadczących takie usługi, jak i dla samych pacjentów barierę dla swobodnego przepływu usług[322]. Zdarza się zatem, że Trybunał chcąc uniknąć dylematu rozstrzygania, czy mamy do czynienia z dyskryminacją pośrednią, czy też z ograniczeniem, posługuje się pojęciem „przeszkody", czy też „bariery" (ang. *barrier*) w swobodnym przepływie towarów, osób, usług czy kapitału.

Z kolei w niektórych rozstrzygnięciach wprost odnosił się do dyskryminacji pośredniej, co mogło potwierdzać, że nie została ona zastąpiona, a co najwyżej uzupełniona przez ograniczenia[323]. Odnajdziemy również przykłady takich orzeczeń, w których Trybunał wyraźnie wskazywał na obie koncepcje, m. in. w wyroku z 27 stycznia 2000 roku w sprawie Volker Graf v. Filzmoser Maschinenbau GmbH[324] odniósł się zarówno do dyskryminacji bezpośredniej i pośredniej, jak i do ograniczeń. Podkreślił bowiem, że:

> z orzecznictwa, a zwłaszcza z rozstrzygnięcia w sprawie *Bosman* [wyżej cytowany wyrok w sprawie C-415/93, dopisek J. M.-N.] wynika jasno, że

[321] C-158/96, ECR 1998, s. I–1931.

[322] Ibidem, pkt 35.

[323] Por. m. in. wyrok z 3 października 2000 roku w sprawie Angelo Ferlini v. Centre Hospitalier de Luxembourg (CHL), C-411/98, ECR 2000, s. I–8081; wyrok z 21 września 2000 roku w sprawie Carl Borawitz v. Landesversicherungsanstalt Westfalen, C-124/99, ECR 2000, s. I–7193; wyrok z 23 marca 2004 roku w sprawie Brian Francis Collins v. Secretary of State for Work and Pensions, C-138/02, ECR 2004, s. I–2703,

[324] C-190/98, ECR 2000, s. I–493.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

> art. 48 Traktatu zakazuje nie tylko wszelkiej dyskryminacji, bezpośredniej czy pośredniej, opartej na przynależności państwowej, ale również takich regulacji krajowych, które są stosowane niezależnie od obywatelstwa danego pracownika, ale utrudniają ich swobodę przepływu[325].

Jak widać, Trybunał wskazał na współistnienie koncepcji dyskryminacji pośredniej oraz ograniczeń, ale nie doprecyzował, jak je rozgraniczać.

W doktrynie zgłaszane są różne propozycje w tym zakresie. Najdalej idące polegają na odrzuceniu dyskryminacji pośredniej w ramach swobód rynku wewnętrznego i skoncentrowaniu się na podejściu opartym na ograniczeniach. Niektórzy uznają nawet, że już to nastąpiło w związku z tym, że większość regulacji krajowych o dyskryminacyjnym charakterze została wyeliminowana na wcześniejszych etapach integracji i stąd teraz likwiduje się bariery o niedyskryminacyjnym charakterze[326]. Jak już jednak wskazywano, dość rzadko mamy do czynienia ze środkami stosowanymi rzeczywiście bez zróżnicowania, a częściej z takimi, do których można stosować obie koncepcje prawne. Ponadto nie da się wykluczyć, że państwa będą wprowadzały dalsze regulacje prawne o dyskryminacyjnym charakterze. Oczywiście, mogłyby one zostać uznane za ograniczenia, ale istnieje pewne ryzyko, że odwoływanie się jedynie do tej koncepcji doprowadzi do coraz szerszej ingerencji Trybunału w regulacje krajowe, które mogą stanowić barierę w swobodnym przepływie towarów, osób, usług i kapitału. Tymczasem nie zawsze jest to korzystne i może prowadzić do deregulacji, bowiem w przypadku ograniczeń z reguły mamy do czynienia ze wstępnym założeniem, iż środki krajowe są niezgodne z postanowieniami traktatowymi, chyba że zostaną uzasadnione, co może być jednak trudne w niektórych przypadkach[327]. Jeśli próba usprawiedliwienia regulacji nie powiedzie się, trzeba będzie ją uchylić, a rzadko w to miejsce pojawia się legislacja unijna.

---

[325] Ibidem, pkt 18.

[326] G. More, *The Principle of Equal Treatment: from Market Unifier to Fundamental Right?*, [w:] *The Evolution of EU Law*, P. Craig, G.de Búrca (red.), Oxford 1999, s. 524.

[327] Słusznie zwraca na to uwagę C. Barnard, *Restricting Restrictions...*, s. 591.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

Stąd też zbyt ekspansywne stosowanie koncepcji ograniczeń może doprowadzić do tego, na co wskazywał rzecznik generalny Tizzano w swojej opinii z 25 marca 2004 roku w sprawie CaixaBank France v. Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie[328], czyli do:

> rynku pozbawionego reguł, a dokładniej rynku, na którym reguły są co do zasady zakazane, z wyjątkiem sytuacji, gdy są niezbędne i proporcjonalne dla zadośćuczynienia nadrzędnym wymogom interesu publicznego.

Dlatego też rzecznik zaproponował, aby odnieść pojęcie ograniczeń jedynie do takich przepisów krajowych państwa członkowskiego, które stawiają przedsiębiorcę korzystającego ze swobody prowadzenia działalności gospodarczej w niekorzystnej sytuacji prawnej lub faktycznej względem przedsiębiorcy mającego siedzibę w tym państwie lub poprzez ich cel bądź skutek bezpośrednio wpływają na dostęp do rynku[329]. Podjęta została zatem próba ograniczenia zbyt szerokiej interpretacji tej koncepcji, zresztą rzecznik uwzględnił w tym zakresie wcześniejsze orzecznictwo[330]. Tymczasem Trybunał w swoim rozstrzygnięciu wydanym w tej sprawie nie rozwinął szerzej tego zagadnienia, a jedynie uznał ogólnie, że ograniczenia to wszelkie działania, które uniemożliwiają, utrudniają lub ograniczają atrakcyjność korzystania ze swobody przedsiębiorczości. Odnosząc się jednak do stanu faktycznego sprawy wskazał, że:

> zakaz oprocentowania rachunków depozytowych a vista przewidziany w przepisach francuskich stanowi dla spółek państw członkowskich innych niż Republika Francuska poważną przeszkodę w wykonywaniu

---

[328] C-442/02, ECR 2004, s. I–8961, pkt 63.

[329] Ibidem, pkt 76 opinii.

[330] Rzecznik powołał się na cytowany wyżej wyrok z 27 stycznia 2000 roku w sprawie Volker Graf v. Filzmoser Maschinenbau GmbH, C-190/98, ECR 2000, s. I–493, w którym Trybunał stwierdził, że przepisy stosowne bez zróżnicowania, które utrudniają korzystanie z prawa swobodnego przepływu lub czynią je mniej atrakcyjnym, stanowią ograniczenie tej swobody, jedynie jeśli mają wpływ na dostęp pracowników do rynku pracy.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

ich działalności za pośrednictwem filii w tym państwie członkowskim, co wpływa na ich dostęp do rynku. W konsekwencji zakaz ten stanowi ograniczenie w rozumieniu art. 43 TWE[331].

Jak widać, w samej definicji ograniczeń nie został uwzględniony czynnik dostępu do rynku, ale Trybunał wziął go pod uwagę przy ocenie charakteru przepisów francuskich[332]. Niemniej jednak znowu nie podjął próby rozgraniczenia koncepcji dyskryminacji oraz ograniczeń, co można było uczynić odwołując się do opinii rzecznika generalnego. W istocie bowiem przepisy krajowe, które stawiają osoby korzystające ze swobód traktatowych w niekorzystnej sytuacji prawnej lub faktycznej względem obywateli czy osób prawnych mających siedzibę w danym państwie członkowskim, mogłyby być oceniane jako pośrednio dyskryminujące, a przepisy krajowe, które poprzez ich cel lub skutek wpływają na dostęp do rynku, jako ograniczenia.

W doktrynie proponowano takie rozgraniczenie, które prowadziłoby do objęcia koncepcją dyskryminacji pośredniej formalnie neutralnych środków wywołujących niekorzystny wpływ na towary, osoby czy usługi z innych państw członkowskich (z wyjątkiem tych, które nakładają podwójne wymogi wynikające z państwa pochodzenia i państwa przyjmującego)[333]. Natomiast ograniczenia obejmowałyby:

---

[331] Wyrok z 5 października 2004 roku w sprawie CaixaBank France v. Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, C-442/02, ECR 2004, s. I–8961, pkt 12.

[332] Warto jednak zauważyć, że w późniejszym orzecznictwie wskazywał wyraźnie, iż pojęcie ograniczeń obejmuje środki przyjmowane przez dane państwo członkowskie, które choć stosowane bez zróżnicowania, mają wpływ na dostęp przedsiębiorstw z innych państw członkowskich do rynku i w ten sposób utrudniają wewnątrzwspólnotową wymianę handlową. Por. m.in. wyrok z 28 kwietnia 2009 roku w sprawie Komisja WE v. Republika Włoch, C-518/06, ECR 2009, s. I–3491, pkt 64; wyrok z 16 grudnia 2010 roku w sprawie Komisja Europejska v. Republika Francji, C-89/09, ECR 2010, s. I–12941, pkt 45; wyrok z 24 marca 2011 roku w sprawie Komisja Europejska v. Królestwo Hiszpanii, C-400/08, pkt 64, niepubl., dostępny na stronie curia.europa.eu; wyrok z 29 marca 2011 roku w sprawie Komisja Europejska v. Republika Włoska, C-565/08, pkt 46, niepubl., dostępny na stronie curia.europa.eu.

[333] Por. Ch. Tobler, *Indirect Discrimination...*, s. 429.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

– środki, które wywołują identyczne skutki dla podmiotów krajowych oraz pochodzących z innych państw członkowskich (ang. *truly indistinctly applicable measures*), ale jednak utrudniają korzystanie ze swobód traktatowych;
– środki stosowane bez zróżnicowania w szerszym tego słowa znaczeniu, które utrudniają korzystanie ze swobód traktatowych, ale nie są objęte koncepcją dyskryminacji pośredniej;
– formalnie neutralne środki, które nakładają podwójne wymogi wynikające z państwa pochodzenia i państwa przyjmującego[334].

Wydaje się, że pierwsze dwie grupy mogłyby stanowić odpowiednik wskazanych przez rzecznika generalnego przepisów krajowych, które wpływają na bezpośredni dostęp do rynku.

Niestety, Trybunał Sprawiedliwości również w ostatnio wydanych rozstrzygnięciach nie podejmuje próby rozgraniczenia omawianych koncepcji. Wprost przeciwnie, jego orzecznictwo można uznać za niejasne, a przy tym niespójne. Możemy znaleźć przykłady takich orzeczeń, w których uznaje za ograniczenia regulacje krajowe prowadzące do zróżnicowanego traktowania. Na przykład, w wyroku z 26 kwietnia 2012 roku w sprawach Staatssecretaris van Financiën v. L.A.C. van Putten, P. Mook oraz G. Frank[335] wskazał wprost, że:

> taka różnica w traktowaniu, przynajmniej pozorna, w zależności od państwa, w którym zarejestrowany jest wypożyczony pojazd, może zatem czynić te transgraniczne przepływy kapitału mniej atrakcyjnymi i tym samym zniechęcać osoby zamieszkałe w Niderlandach do przyjmowania oferowanego im przez osoby zamieszkałe w innym państwie członkowskim wypożyczenia pojazdu zarejestrowanego w tym ostatnim państwie. W rozumieniu tego przepisu [art. 56 ust. 1 TWE, obecnie art. 63 ust. 1 TFUE, dopisek J. M.-N.] ograniczeniami dla przepływu kapitału są bowiem stosowane przez państwa członkowskie środki mogące

[334] Ibidem.

[335] Sprawy połączone C–578/10 do C–580/10, niepubl., dostępny na stronie curia.europa.eu.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

> zniechęcać ich rezydentów do zaciągania pożyczek lub do inwestowania w innych państwach członkowskich[336].

Mogłoby to oznaczać, że koncepcja ograniczeń objęła swoim zakresem również środki dyskryminacyjne, przy czym Trybunał w omawianej sprawie nakazał zbadać, czy takie odmienne traktowanie istnieje faktycznie, co wymaga przeprowadzenia oceny porównywalności sytuacji, w jakiej znajduje się z jednej strony, osoba zamieszkała w Niderlandach, która na niderlandzkich drogach publicznych użytkuje pojazd zarejestrowany w tym państwie członkowskim, udostępniony jej nieodpłatnie, a z drugiej, osoba zamieszkała w Niderlandach, która w takich samych warunkach użytkuje pojazd zarejestrowany w innym państwie członkowskim. Następnie zaś należy przeanalizować, czy traktowanie jest równe lub, w wypadku odmiennego traktowania, czy jest ono uzasadnione nadrzędnym względem interesu ogólnego oraz wreszcie, czy dany przepis zachowuje zasadę proporcjonalności[337]. Jest to zatem sposób postępowania właściwy dla oceny środków pośrednio dyskryminujących, mimo że Trybunał posłużył się pojęciem ograniczeń.

Podobnie we wcześniej wydanym wyroku z 22 grudnia 2010 roku w sprawie Yellow Cab Verkehrsbetriebs GmbH v. Landeshauptmann von Wien[338] oceniał wymóg posiadania siedziby lub innego zakładu na obszarze przyjmującego państwa członkowskiego jako podstawy uzyskania zezwolenia na prowadzenie regularnej linii autobusowego przewozu osób w kategoriach przeszkody/ograniczenia dla wykonywania prawa przedsiębiorczości. Tymczasem w takim przypadku można było się odnieść do koncepcji dyskryminacji, skoro na skutek zastosowania takiego warunku podmioty z innych państw członkowskich znalazły się w niekorzystnej sytuacji. Ostatecznie też Trybunał uznał, że:

> Wymaganie od podmiotu gospodarczego mającego siedzibę w innym państwie członkowskim i zamierzającego uzyskać zezwolenie na prowa-

[336] Ibidem, pkt 40.
[337] Ibidem, pkt 44.
[338] C-338/09, ECR 2010, s. I–13927.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

> dzenie regularnej linii przewozu osób autobusem w przyjmującym państwie członkowskim, aby posiadał siedzibę lub inny zakład na obszarze tego ostatniego państwa, i to jeszcze przed udzieleniem mu koncesji, ma skutek zniechęcający. Rozsądny podmiot gospodarczy nie będzie bowiem gotów do podjęcia nakładów, być może znaczących, nie mając żadnej pewności co do uzyskania zezwolenia[339].

Jeszcze bardziej takie podejście Trybunału było widoczne w wyroku z 20 stycznia 2011 roku w sprawie Komisja Europejska v. Republika Grecka[340], który dotyczył przepisów uzależniających możliwość zwolnienia z podatku, udzielanego przy zakupie po raz pierwszy lokalu mieszkalnego, od wymogu stałego zamieszkania w Grecji. Trybunał powołał się tam najpierw na utrwalone orzecznictwo, z którego wynika, że zasada równego traktowania zakazuje nie tylko dyskryminacji jawnej opartej na przynależności państwowej, lecz również wszelkich ukrytych form dyskryminacji, które przez zastosowanie innych kryteriów rozróżnienia prowadzą w rzeczywistości do takiego samego rezultatu. Następnie wskazał, że takim kryterium jest zwłaszcza miejsce zamieszkania lub pobytu, ponieważ istnieje ryzyko, że będzie ono miało zastosowanie w szczególności ze szkodą dla osób, które nie są obywatelami greckimi, skoro to właśnie one najczęściej zamieszkują poza terytorium Grecji. W rezultacie Trybunał uznał, że oceniany przepis stawia w niekorzystnej sytuacji osoby niezamieszkałe w Grecji, które po raz pierwszy kupują lokal mieszkalny celem przyszłego osiedlenia się w tym państwie członkowskim, bowiem nie pozwala on tym osobom skorzystać ze wskazanego zwolnienia z podatku. W dalszej części wyroku nie stwierdził jednak, że w takim przypadku mamy do czynienia z zakazaną dyskryminacją pośrednią, ale uznał, że przepis ten:

> ma skutek zniechęcający względem osób niezamieszkałych w Grecji, które zgodnie z prawem do swobodnego przepływu wynikającym

[339] Ibidem, pkt 37.
[340] C-155/09, niepubl., dostępny na stronie curia.europa.eu.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

> z art. 39 TWE i 43 TWE zechcą nabyć po raz pierwszy lokal mieszkalny w tym państwie członkowskim. W związku z powyższym [...] może stanowić przeszkodę dla swobodnego przepływu pracowników i dla swobody przedsiębiorczości[341].

Możemy też znaleźć przykłady takich rozstrzygnięć, w których Trybunał odnosząc się do swobody prowadzenia działalności gospodarczej stwierdza, że:

> Artykuł 43 TWE [obecnie art. 49 TFUE, dopisek J. M.-N.] ma zatem na celu zapewnienie korzystania z traktowania krajowego każdemu obywatelowi państwa członkowskiego, który osiedla się w innym państwie członkowskim, by wykonywać działalność na własny rachunek, i zakazuje wszelkiej wynikającej z przepisów krajowych dyskryminacji ze względu na przynależność państwową jako ograniczenia swobody przedsiębiorczości[342].

Z tego można by wyprowadzić wniosek, że koncepcja ograniczeń jest rozumiana szeroko i obejmuje także przepisy krajowe o dyskryminacyjnym skutku. Chodzi przy tym nie tylko o dyskryminację bezpośrednią ze względu na przynależność państwową, ale również jej pośrednie formy. Jednocześnie jednak nadal wydawane są takie rozstrzygnięcia, które odwołują się do dyskryminacji pośredniej, bez wskazywania na jej powiązanie z ograniczeniami[343].

---

[341] Ibidem, pkt 49–50.

[342] Pkt 80 wyroku z 24 maja 2011 roku w sprawie Komisja Europejska v. Wielkie Księstwo Luksemburga, C-51/08, niepubl. dostępny na stronie curia.europa.eu.

[343] W wyroku z 25 października 2007 roku w sprawie Maria Geurts, Dennis Vogten v. Administratie van de BTW, registratie en domeinen, Belgische Staat (C-464/05, ECR 2007, s. I–9325, pkt 22) Trybunał uznał, że krajowa regulacja podatkowa w dziedzinie podatku od dziedziczenia, uzależniająca zwolnienie z tego podatku od miejsca zatrudnienia określonej liczby pracowników przez dany czas, wprowadza dyskryminację pośrednią pomiędzy podatnikami, która może utrudniać wykonywanie przez nich swobody przedsiębiorczości. W wyroku z 10 września 2009 roku w sprawie Komisja WE v. RFN (C-269/07, ECR 2009, s. I–7811, pkt 68) wskazał zaś, że „uzależnienie przyznania premii emerytalnej małżonkom od tego, by podlegali oni nieograniczonemu obowiązkowi podatkowemu w Niemczech, stanowi pośrednią dyskryminację

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

Dobrze byłoby zatem, aby Trybunał Sprawiedliwości dokonał rozróżnienia między omawianymi koncepcjami prawnymi oraz podjął próbę doprecyzowania, kiedy mamy do czynienia z dyskryminacją pośrednią, a kiedy z ograniczeniami. Aktualnie bowiem orzecznictwo dotyczące tych zagadnień nie ma spójnego charakteru, Jednocześnie jednak dostrzegalna jest tendencja do częstszego odwoływania się do ograniczeń i obejmowania nią również pośrednio dyskryminujących środków prawnych. Czy zatem dyskryminacja pośrednia przestała już odgrywać jakąkolwiek rolę w ramach swobód traktatowych? Wydaje się, że jednak nie, bowiem nawet jeśli nie pojawia się jako samodzielna koncepcja prawna, wyraźnie tak nazwana, to przynajmniej w niektórych rozstrzygnięciach dotyczących środków stawiających osoby korzystające ze swobód traktatowych w niekorzystnej sytuacji prawnej lub faktycznej względem obywateli czy osób prawnych mających siedzibę w danym państwie członkowskim, sposób oceny przebiega według właściwego dla niej schematu – porównywalność i w jej wyniku stwierdzenie takiego niekorzystnego wpływu, a następnie ocena, czy można to uzasadnić, a jeśli tak, czy zastosowany środek jest proporcjonalny[344]. Natomiast w odniesieniu do środków stosowanych

z uwagi na przynależność państwową [...]". Z kolei w wyroku z 18 marca 2010 roku w sprawie F. Gielen v. Staatssecretaris van Financiën (C-440/08, ECR 2010, s. 2323, pkt 48) doszedł do wniosku, że „przepis krajowy, który dla celów ulgi podatkowej, takiej jak odliczenie przysługujące osobom prowadzącym działalność gospodarczą, będące przedmiotem sprawy przed sądem krajowym, stosuje 'kryterium godzinowe' w sposób uniemożliwiający podatnikom będącym nierezydentami zaliczenie godzin pracy wykonanej w innym państwie członkowskim, grozi powstaniem niekorzystnych skutków głównie po stronie tych podatników. W związku z tym, tego rodzaju przepis stanowi dyskryminację pośrednią ze względu na przynależność państwową w rozumieniu art. 49 TFUE". Natomiast w wyroku z 14 czerwca 2012 roku w sprawie Komisja Europejska v. Królestwo Niderlandów (C-542/09, pkt. 54–55, niepubl., dostępny na stronie curia.europa.eu) stwierdził, iż: „przesłanka miejsca zamieszkania wprowadza odmienne traktowanie pomiędzy pracownikami niderlandzkimi a pracownikami migrującymi, którzy zamieszkują w Niderlandach lub wykonują pracę najemną w tym państwie członkowskim jako pracownicy przygraniczni, odnośnie do dostępu do przenośnego finansowania studiów; takie odmienne traktowanie stanowi dyskryminację pośrednią [...]".

[344] Poza wskazanym wyżej rozstrzygnięciem w sprawach połączonych C–578/10 do C–580/10, por. np. wyrok z 16 czerwca 2011 roku w sprawie Komisja Europejska v. Republika Austrii, C-10/10, pkt 29, niepubl., dostępny na stronie curia.europa.eu.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

bez zróżnicowania, które mogą zakłócić lub uczynić mniej atrakcyjnym korzystanie ze swobód traktatowych, jej rolę całkowicie przejęła koncepcja ograniczeń[345]. Można zatem dojść do wniosku, że aktualnie mamy do czynienia z malejącym znaczeniem dyskryminacji pośredniej w ramach swobód rynku wewnętrznego. O tym, czy przestanie odgrywać jakąkolwiek rolę w tym obszarze, rozstrzygnie przyszłe orzecznictwo.

---

[345] Por. np. wyrok z 13 października 2011 roku w sprawie DHL International NV, dawniej Express Line NV v. Belgisch Instituut voor Postdiensten en Telecommunicatie, C-148/10, pkt 60, niepubl., dostępny na stronie curia.europa.eu; wyrok z 27 października 2011 roku w sprawie Komisja Europejska v. Republika Portugalii, C-255/09, pkt 60, niepubl., dostępny na stronie curia.europa.eu; wyrok z 10 maja 2012 roku w sprawach Duomo Gpa Srl, Gestione Servizi Pubblici Srl i Irtel Srl v. Comune di Baranzate i Comune di Venegono Inferiore, sprawy połączone C–357/10 do C–359/10, niepubl., dostępny na stronie curia.europa.eu.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

Uwagi końcowe

Przeprowadzone badania dotyczące dyskryminacji pośredniej w prawie Unii Europejskiej pozwalają na sformułowanie kilku wniosków. Pierwszy natury ogólnej odnosi się do samego zjawiska dyskryminacji, które podlega ciągłej ewolucji. Pojawiają się bowiem nowe jej formy, jak choćby dyskryminacja wielokrotna, oparta na więcej niż jednym kryterium, czy też ze względu na więź z osobą posiadającą cechę podlegającą ochronie, np. niepełnosprawność. W rezultacie zarówno organy tworzące, jak i stosujące prawo wciąż stają przed nowymi wyzwaniami, muszą bowiem uwzględniać te nowe zjawiska. Stąd też regulacje prawne oraz orzecznictwo dotyczące równości i dyskryminacji również podlegają stałemu rozwojowi.

W przypadku Unii Europejskiej mamy do czynienia ze szczególną dynamiką tych postanowień w związku z odchodzeniem od czysto gospodarczej współpracy w kierunku wspólnoty wartości, co zostaje w sposób szczególny podkreślone w Traktacie z Lizbony. W art. 2 TUE równość jest wymieniona obok wolności, demokracji, rządów prawa oraz poszanowania praw człowieka, co należy traktować jako zamiar podkreślenia roli, jaką pełni ona wśród tych podstawowych wartości. Odnosi się do niej również szereg innych postanowień traktatowych i choć opierają się one głównie na formalnej koncepcji równości, to jednak można mówić o ich stałej ewolucji. Potwierdza to choćby przepis art. 10 TFUE, który stanowi podstawę do rozwoju strategii *mainstreaming* w odniesieniu do takich kryteriów, jak płeć, rasa lub pochodzenie etniczne, religia lub światopogląd, niepełnosprawność, wiek

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

lub orientacja seksualna. Osiągnięcie założonego tam celu – zwalczanie wszelkiej dyskryminacji ze względu na wskazane przesłanki przy określaniu oraz realizacji polityk i działań Unii – może być pomocne w zapewnianiu faktycznej równości osób należących do różnych grup chronionych. Z kolei Karta Praw Podstawowych przewiduje ogólne prawo do równości (równego traktowania), które zostaje uszczegółowione w kolejnych jej postanowieniach. Niewątpliwie stwarza to nowe możliwości dla Trybunału Sprawiedliwości w zakresie dalszego rozwoju koncepcji równości i niedyskryminacji, bowiem jego orzecznictwo zostanie oparte nie tylko na postanowieniach traktatowych, ale również tych zawartych w Karcie.

Drugie spostrzeżenie o ogólnym charakterze dotyczy rozproszenia unijnych przepisów antydyskryminacyjnych[1]. Należy bowiem zauważyć, że poszczególne kryteria, do których odnoszą się art. 18 i 19 TFUE (przynależność państwowa, płeć, rasa lub pochodzenie etniczne, religia lub światopogląd, niepełnosprawność, wiek oraz orientacja seksualna) są uregulowane w odrębnych aktach prawa wtórnego. Dyrektywy 2000/43, 2000/78, 2004/113 oraz 2006/54[2] znajdują przy tym zastosowanie w różnych sferach, co ma wpływ na zakres przedmiotowy ochrony udzielanej osobom dyskryminowanym z uwagi na poszczególne kryteria. I tak, dyskryminacja ze względu na pochodzenie rasowe lub etniczne jest zakazana w odniesieniu do zatrudnienia, pracy i szkolenia zawodowego, jak również w obszarach, które nie są z nimi związane, takich jak ochrona socjalna, opieka zdrowotna, świadczenia socjalne, edukacja i dostęp do powszechnie dostępnych towarów i usług, w tym do mieszkalnictwa. Dyskryminacja na podstawie płci jest zakazana w obrębie tych samych obszarów, z wyjątkiem edukacji, mediów i reklamy (wynika to z regulacji dyrektywy 2004/113). Natomiast dyskryminacja ze względu na religię lub światopogląd, wiek, niepełnosprawność oraz orientację seksualną jest zakazana jedynie

[1] Zwraca na to uwagę również D. Schiek, *From European Union Non-discrimination Law towards Multidimensional Equality Law for Europe*, [w:] *European Union Non-discrimination Law. Comparative Perspectives on Multidimensional Equality Law,* D. Schiek, V. Chege (red.), London–New York 2008, s. 5.

[2] Szczegółowy wykaz aktów prawnych znajduje się na końcu pracy.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

w zakresie zatrudnienia, pracy i szkolenia zawodowego. Dlatego też trwają prace legislacyjne nad aktem prawnym rozszerzającym ten zakaz na sferę ochrony społecznej, świadczeń socjalnych, edukacji oraz dostępu do dóbr i usług, w tym mieszkalnictwa, co zapewni taki sam zakres ochrony, jak w przypadku dyskryminacji ze względu na rasę i pochodzenie etniczne[3]. W rezultacie obecnie można mówić o swoistej hierarchii kryteriów, które w świetle obowiązujących przepisów prawa UE nie korzystają z jednakowej ochrony. Nie jest to korzystne dla osób dotkniętych dyskryminacją, stąd przede wszystkim należałoby przyjąć wskazaną dyrektywę dotyczącą dyskryminacji ze względu na religię lub światopogląd, niepełnosprawność, wiek oraz orientację seksualną w innych sferach niż zatrudnienie i praca. Kolejnym krokiem mogłoby być uporządkowanie dotychczasowych regulacji, zmierzające do większej konsolidacji prawodawstwa unijnego dotyczącego zakazu dyskryminacji ze względu na poszczególne kryteria.

Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości oraz wskazane akty prawa wtórnego potwierdzają pierwszą ze sformułowanych we wstępie hipotez, która odnosi się do ewolucji roli dyskryminacji pośredniej w prawie Unii Europejskiej. O ile bowiem początkowo Trybunał rozwijał ją przede wszystkim w dwóch obszarach – w ramach swobód rynku wewnętrznego oraz równości kobiet i mężczyzn – o tyle obecnie, głównie ze względu na nowe regulacje zawierające definicje tej formy dyskryminacji, może pojawić się również w kontekście oceny regulacji lub praktyk mających niekorzystny wpływ na osoby chronione przez inne kryteria. Wprawdzie tego typu sprawy dopiero zaczynają wpływać do Trybunału Sprawiedliwości, jednakże należy liczyć się z tym, że wraz ze wzrostem świadomości społeczeństwa będzie ich coraz więcej. Z kolei w ramach swobód rynku wewnętrznego rola dyskryminacji pośredniej wydaje się słabnąć. Coraz częściej Trybunał odwołuje się do koncepcji ograniczeń, która jest łatwiejsza w stosowaniu, nie wymaga bowiem przeprowadzenia porównania, a wystar-

[3] Por. projekt dyrektywy Rady z 2 lipca 2008 roku w sprawie wprowadzenia w życie zasady równego traktowania osób bez względu na religię lub światopogląd, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną, COM (2008) 426.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

czy stwierdzenie, że dany środek, choć stosowany bez zróżnicowania, ma wpływ na dostęp przedsiębiorstw z innych państw członkowskich do rynku i może zakłócić lub uczynić mniej atrakcyjnym korzystanie ze swobód traktatowych. Można zatem dostrzec malejące znaczenie dyskryminacji pośredniej w tym obszarze, a wzrastające w wyżej wskazanych, zwłaszcza w sferze zatrudnienia i pracy, a w przypadku pochodzenia rasowego lub etnicznego oraz płci również w kontekście ochrony i świadczeń socjalnych, dostępu do towarów i usług itd. Wynika z tego, że wpływ na zakres zastosowania tej koncepcji ma obecnie nie tylko orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości, ale również akty prawa wtórnego UE. Ich przyszłe zmiany będą oddziaływać na rolę dyskryminacji pośredniej. W rezultacie w przyszłości może mieć ona większe znaczenie w innych obszarach niż zatrudnienie i praca. Nie ma zatem wątpliwości, że dyskryminacja pośrednia jako odrębna koncepcja jest i nadal będzie potrzebna zarówno w prawie UE, jak i krajowym.

Analiza bogatego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości pozwala potwierdzić również drugą ze wskazanych we wstępie hipotez, odnoszącą się do zróżnicowanego sposobu stosowania dwóch podstawowych elementów dyskryminacji pośredniej. Nadal decydujące znaczenie w tym zakresie ma rodzaj sprawy, która poddana jest ocenie. Od początku rozwoju omawianej koncepcji Trybunał stosował bowiem odmienne standardy w sprawach dotyczących dyskryminacji pośredniej ze względu na przynależność państwową oraz płeć. Jeśli chodzi o zakres niekorzystnego wpływu danego środka, w pierwszym ze wskazanych obszarów wystarczyło wykazać, że może on wpłynąć na pracowników migrujących w większym stopniu niż na pracowników krajowych i istnieje ryzyko postawienia tych pierwszych w szczególnie niekorzystnej sytuacji. Natomiast w drugim Trybunał wymagał, aby w praktyce dotknęły one znacznie większą proporcję (wyższy odsetek) osób danej płci, co należało wykazywać w oparciu o stosowne statystyki. W kolejnych rozstrzygnięciach Trybunał wskazywał na wymogi dotyczące tych statystycznych dowodów – muszą mieć one ogólny charakter i obejmować wystarczającą liczbę osób oraz potwierdzać albo wpływ środka na znacznie większą liczbę osób danej płci

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

(w praktyce przynajmniej 80%), albo też powinny ukazywać mniejszą, ale za to trwałą i relatywnie stałą różnicę w traktowaniu między kobietami a mężczyznami w długim okresie czasu. Różnice w podejściu występowały również w odniesieniu do obiektywnego uzasadnienia. Po pierwsze, Trybunał dopuścił możliwość usprawiedliwienia środków pośrednio dyskryminujących ze względu na płeć w szerszym zakresie niż to miało miejsce w odniesieniu do dyskryminacji pośredniej na podstawie przynależności państwowej, bowiem uwzględnił w jego ramach czynniki ekonomiczne. Odnosiło się to jednak tylko do środków stosowanych przez pracodawców, bowiem względy budżetowe, na które powoływały się państwa członkowskie, nie zostały uznane przez Trybunał za wystarczające uzasadnienie. Po drugie, w sprawach związanych z dyskryminacją pośrednią ze względu na płeć, test obiektywnego uzasadnienia ma nieco inny charakter w zależności od tego, czy dotyczy praktyk pracodawców, czy też regulacji krajowych.

W związku z niespójnością i brakiem precyzji w ujmowaniu tych dwóch elementów dyskryminacji pośredniej w orzecznictwie pojawiła się koncepcja jej zdefiniowania w prawie wtórnym. Definicja ta nie objęła wprawdzie swobód rynku wewnętrznego (nie została wprowadzona do aktów prawa wtórnego dotyczących tego zagadnienia), ale była wzorowana na orzecznictwie Trybunału w tym obszarze, co miało nie tylko zapewnić większą spójność, ale również ułatwić wykazywanie dyskryminacji pośredniej w postępowaniu sądowym. Przewidziano zatem, że występuje ona, w przypadku gdy z pozoru neutralny przepis, kryterium lub praktyka stawiałaby osoby posiadające daną cechę w szczególnie niekorzystnej sytuacji w porównaniu do innych osób, chyba że dany przepis, kryterium lub praktyka są obiektywnie uzasadnione zgodnym z prawem celem, a środki służące do jego osiągnięcia są właściwe i niezbędne (inaczej: odpowiednie i konieczne). Wydaje się zatem, że po upływie okresu przeznaczonego na implementację dyrektyw 2000/43, 2000/78, 2004/113, 2006/54 Trybunał powinien stosować w swoim orzecznictwie bardziej spójne podejście, oparte na definicjach zawartych w tych aktach prawnych.

Stosowanie zróżnicowanych standardów oceny, zwłaszcza jeśli chodzi o pierwszy element dyskryminacji pośredniej (postawienie

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

w szczególnie niekorzystnej sytuacji w porównaniu do innych osób) i stawianie wymogu wykazania go jedynie przy pomocy dowodów statystycznych nie znajduje uzasadnienia w regulacjach wskazanych dyrektyw. W szczególności akty prawa wtórnego dotyczące równego traktowania mężczyzn i kobiet stwarzają możliwość odejścia od wymogu wykazywania w każdej tego typu sprawie, że dany środek ma wpływ na znacznie większą liczbę osób danej płci. Jeśli powodowi uda się przeprowadzić porównanie między sytuacją mężczyzn oraz kobiet i wykazać negatywny wpływ pozornie neutralnego środka na jedną z tych grup bez odwoływania się do statystyk, wówczas w postępowaniu sądowym, w tym toczącym się przed Trybunałem Sprawiedliwości, należałoby to uznać za wystarczające uprawdopodobnienie okoliczności pozwalających domniemywać istnienia pośredniej dyskryminacji.

Weryfikacja trzeciej hipotezy wymagała odniesienia się zarówno do potencjału oraz ograniczeń, jakie wiążą się z dyskryminacją pośrednią, jak i roli sądów w tym zakresie. Nie ma wątpliwości, że omawiana koncepcja niesie ze sobą wiele nowych możliwości, które nie pojawiają się w przypadku dyskryminacji bezpośredniej. Jak wielokrotnie wskazywano w pracy, pozwala na poddanie ocenie wielu środków, które mają niekorzystny wpływ na grupę osób chronionych, a tym samym może przyczyniać się do zwalczania strukturalnych form dyskryminacji, mających utrwalony charakter, np. odnoszących się do zatrudnienia w niepełnym wymiarze czasu pracy. W związku z tym, że koncentruje się na skutku, a nie na przyczynie, pozwala zwrócić uwagę na istotę środka, który „na pierwszy rzut oka" może mieć neutralny charakter. Jest przy tym dość elastyczną koncepcją, nie ujętą w sztywne ramy definicyjne. To, czy ten potencjał dyskryminacji pośredniej zostanie zrealizowany, w dużej mierze zależy o sposobu jej stosowania w praktyce. Niewątpliwie, może on zostać osłabiony przez takie czynniki, jak wysokie standardy odnoszące się do wykazania niekorzystnego wpływu, zbyt szerokie możliwości uzasadnienia przyjmowanych środków oraz reguły dowodowe nadmiernie obciążające powodów. Należałoby je zatem traktować jako ograniczenia dyskryminacji pośredniej. Mając na uwadze to, że jej definicje legal-

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

ne w prawie wtórnym UE oparto na sformułowaniach wymagających dalszej interpretacji, jak choćby „szczególnie niekorzystna sytuacja" czy „cel zgodny z prawem", wydaje się, że decydującą rolę w zakresie wykorzystania wskazanego potencjału mają organy stosujące prawo, zwłaszcza sądy krajowe, wspierane przez wskazówki płynące z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości. Dlatego też istotne znaczenie ma to, jak podchodzi on do tych trzech możliwych ograniczeń dyskryminacji pośredniej.

Jeśli chodzi o niekorzystny wpływ danego środka na osoby należące do grupy chronionej, to standardy stosowane przez Trybunał w przypadku dyskryminacji pośredniej ze względu na płeć są zbyt daleko idące. Wymagał on bowiem nie tylko, aby niekorzystny wpływ był wykazywany przy pomocy danych statystycznych o ogólnym charakterze, obejmujących odpowiednią liczbę osób, np. w skali całego kraju, a nie konkretnego przedsiębiorstwa, ale również, aby osiągnął on określony poziom (w praktyce przynajmniej 80%). Dopiero z czasem Trybunał przewidział drugą możliwość, stwierdzając, że statystyki mogą ukazywać mniejszą, ale za to trwałą i relatywnie stałą różnicę w traktowaniu między kobietami a mężczyznami w długim okresie czasu (wyrok w sprawie *Seymour-Smith*). Jak już wskazywano, po przyjęciu nowych definicji dyskryminacji pośredniej w dyrektywach 2004/113 oraz 2006/54 takie stanowisko powinno ulec zmianie. Nie tylko bowiem nie znajduje ono dostatecznego uzasadnienia w świetle postanowień tych aktów prawa wtórnego, ale również może ograniczać potencjał omawianej koncepcji prawnej. Jak wynika bowiem z rozstrzygnięć przedstawionych w pracy, w wielu sprawach nie udało się wykazać istnienia dyskryminacji pośredniej z uwagi na wymogi dotyczące niekorzystnego wpływu, zwłaszcza określonego odsetka osób danej płci, które mają być „dotknięte" przez oceniany środek.

Istotne jest również to, aby Trybunał przy rozpatrywaniu spraw dotyczących dyskryminacji pośredniej ze względu na pozostałe kryteria nie stosował tak daleko idących standardów wykazania „szczególnie niekorzystnej sytuacji", ale przyjął bardziej elastyczne, a zarazem pragmatyczne podejście, nawiązujące do realiów społecznych. W przypadku takich podstaw dyskryminacji, jak pochodzenie raso-

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

we lub etniczne, religia lub światopogląd, wiek niepełnosprawność oraz orientacja seksualna nie zawsze będą dostępne stosowne dane statystyczne, a nawet jeśli, to mogą być one trudne do interpretacji. Dlatego też dobrze byłoby, aby Trybunał wypracował nieco inny mechanizm oceny „szczególnie niekorzystnej sytuacji", tak aby sądy krajowe uzyskały pewne wskazówki w tym zakresie. Z opinii rzeczników generalnych wydanych w sprawach dotyczących orientacji seksualnej (sprawy *Maruko* i *Römer*) wynika, że istotne znaczenie ma porównanie położenia osoby należącej do grupy chronionej z pozostałymi osobami i stwierdzenie, czy ta pierwsza jest poszkodowana, np. poprzez pozbawienie pewnych praw. Wydaje się, że w ten sposób można w większym stopniu uwzględniać zarówno regulacje prawne, jak i sytuację społeczną panującą w danym państwie członkowskim.

Trybunał nie stosuje również jednolitego standardu oceny obiektywnego uzasadnienia zastosowanego środka zarówno, jeśli chodzi o wykazanie istnienia celu zgodnego z prawem, jak i zachowanie wymogów proporcjonalności. W tym zakresie można wyróżnić przede wszystkim środki stosowane przez państwa członkowskie oraz przez pracodawców. W odniesieniu do obu kategorii mamy do czynienia ze stosunkowo szerokimi możliwościami uzasadnienia, bowiem katalog celów zgodnych z prawem jest otwarty, co pozwala Trybunałowi uwzględniać kolejne z nich. Istotne znaczenie mają jednak pewne zastrzeżenia poczynione w tym względzie w orzecznictwie. Mianowicie, cele te nie mogą być związane z jakąkolwiek dyskryminacją ze względu na przynależność państwową, płeć czy inne kryteria. Ponadto nie wystarczą zwykłe uogólnienia w tym zakresie, ale trzeba podać konkretne uzasadnienie danego środka. Wreszcie w przypadku regulacji czy praktyk państw członkowskich nie mogą mieć one czysto ekonomicznego, czy też budżetowego charakteru. Trybunał wielokrotnie podkreślał w swoim orzecznictwie, zwłaszcza dotyczącym dyskryminacji ze względu na płeć, że kwestie budżetowe nie mogą stanowić wystarczającego uzasadnienia. Wskazywał przy tym, że ich uwzględnienie doprowadziłoby do sytuacji, w której zakres zastosowania fundamentalnej w prawie unijnym zasady równego traktowania mężczyzn i kobiet różniłby się w czasie i miejscu stosownie do stanu finansów

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

publicznych państw członkowskich. W niektórych sprawach bierze jednak pod uwagę takie cele, jak: zapewnienie należytego zarządzania wydatkami publicznymi na wyspecjalizowaną opiekę medyczną, czy też minimalnych środków utrzymania, których wysokość i krąg osób uprawnionych do ich utrzymania zależą od zasobów budżetowych państw członkowskich. Wydaje się, że w takich przypadkach większą rolę powinna odgrywać proporcjonalność, w tym *sensu stricto*, która pozwalałaby na wyważenie korzyści uzyskiwanych dzięki utrzymaniu tak uzasadnionej regulacji czy praktyki z ograniczeniem prawa do równego traktowania konkretnej jednostki.

Natomiast w odniesieniu do środków stosowanych przez pracodawców Trybunał wprost uznaje uzasadnienia oparte na przesłankach ekonomicznych, co jest przedmiotem słusznej krytyki w doktrynie. Niekiedy wskazuje się wręcz, że uwzględnienie czynników ekonomicznych w ramach obiektywnego uzasadnienia stanowi największą słabość koncepcji dyskryminacji pośredniej, bowiem ekonomiczne potrzeby pracodawcy mogą przeważyć nad prawem do równego traktowania[4]. Istnieje zatem ryzyko, że zostaną utrzymane dotychczasowe praktyki o dyskryminacyjnym charakterze. W rezultacie dobrze byłoby, aby Trybunał ograniczył nieco krąg celów, które mogą uzasadniać dyskryminację pośrednią, bowiem szerokie możliwości, jakimi dysponują w tym zakresie w szczególności pracodawcy, mogą osłabiać jej skuteczność. W doktrynie wskazuje się przy tym, że należałoby zastosować bardziej funkcjonalne podejście w stosunku do trzech podstawowych kategorii uzasadnień – związanych z pracą, z przedsiębiorstwem bądź interesem publicznym, tak aby w ich ramach nie dochodziło do utrzymania różnego rodzaju stereotypów, np. dotyczących słabszej płci[5].

Istotną rolę w tym zakresie może odegrać proporcjonalność, która pozwala na ważenie przeciwstawnych interesów. Jeśli zatem wybrane przez państwa członkowskie lub pracodawców środki nie pozostają

[4] Por. E. Ellis, *EC Sex Equality Law*, Oxford 1998, s. 323.

[5] Tak zwłaszcza T. K. Hervey, *Justifications for Sex Discrimination in Employment,* Londyn–Dublin–Edynburg–Bruksela 1993, s. 210.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

w proporcji do zgodnych z prawem celów, wówczas uzasadnienie nie może zostać uwzględnione. Nie zawsze jednak Trybunał przeprowadza tę kontrolę w jednakowy sposób, ale stosuje różne testy proporcjonalności, zależne generalnie od tego, w jakim obszarze przyjęto dany środek, i kto to uczynił. I tak, regulacje czy praktyki państw członkowskich, które prowadzą do dyskryminacji pośredniej ze względu na przynależność państwową, podlegają dość wnikliwej analizie. W tym obszarze stosowany jest test „najmniej restrykcyjnego środka", a zatem Trybunał bada, czy nie istniały inne alternatywne sposoby osiągnięcia prawnie uzasadnionego celu, mniej ograniczające prawo do równego traktowania. Z kolei w sprawach dotyczących dyskryminacji pośredniej ze względu na płeć, gdy ocenie poddawane są środki państw członkowskich, przyjmowane w ramach polityki społecznej, kontrola Trybunału nie jest aż tak wnikliwa. Podkreśla on bowiem, że w tym obszarze państwa członkowskie dysponują szerokim zakresem uprawnień dyskrecjonalnych, choć zarazem mają obowiązek wykazania „że można racjonalnie uważać, iż wybrane środki były odpowiednie dla realizacji wspomnianego celu". Nieco inne stanowisko zajmują rzecznicy generalni, którzy nawet w sprawach dotyczących zatrudnienia i polityki społecznej proponują przeprowadzanie takiej samej kontroli proporcjonalności, jaka występuje w ramach swobód rynku wewnętrznego. W każdym razie można odnieść ogólne wrażenie, że w ostatnim czasie w orzecznictwie Trybunału stosowane jest bardziej rygorystyczne podejście, jeśli chodzi o kontrolę poszczególnych kryteriów proporcjonalności w sprawach dotyczących regulacji krajowych, co należy ocenić pozytywnie.

Podobne stanowisko zajmuje Trybunał w odniesieniu do środków stosowanych przez pracodawców. Jeśli uzna wskazywany przez nich cel za zgodny z prawem i niezwiązany z jakąkolwiek dyskryminacją, wówczas bada lub powierza sądowi krajowemu ocenę, czy istniała możliwość jego osiągnięcia w inny sposób, co wiąże się z wymogiem konieczności, oraz czy zastosowane środki są w stanie przyczynić się do ich realizacji, co z kolei nawiązuje do wymogu odpowiedniości. Dobrze byłoby zatem, aby w kolejnych sprawach takie zbliżone podejście do kryteriów proporcjonalności zostało utrzymane. Nie wydaje

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

się bowiem, aby stosowanie różnych sposobów jej kontroli było dostatecznie uzasadnione. Sam Trybunał, jak i sądy krajowe powinny również przeprowadzać ocenę proporcjonalności *sensu stricto*, a zatem dokonywać rzeczywistego wyważenia sprzecznych interesów i badać, czy nie doszło do nadmiernego ograniczenia praw jednostki w stosunku do zamierzonego celu. Jest to o tyle istotne, że rygorystyczne podejście do zgodności środków czy to pracodawców, czy też państw członkowskich z proporcjonalnością może przyczynić się do zwiększenia skuteczności zakazu dyskryminacji pośredniej.

Istotne znaczenie ma również rozkład ciężaru dowodu w sprawach związanych z dyskryminacją pośrednią. W tym względzie Trybunał tradycyjnie stał na stanowisku, że o ile wykazanie niekorzystnego wpływu środka na grupę chronioną należy do powoda, a zatem osoby, która uważa się za ofiarę dyskryminacji, o tyle uzasadnienie dyskryminacji pośredniej, w tym zgodności z wymogami proporcjonalności, spoczywa na pozwanym, tj. państwach członkowskich lub innych podmiotach – pracodawcach, usługodawcach, organizacjach publicznych i prywatnych itd. To funkcjonalne podejście zostało następnie przyjęte w dyrektywie Rady 97/80 dotyczącej ciężaru dowodu w sprawach dyskryminacji ze względu na płeć oraz kolejnych aktach prawnych dotyczących równego traktowania[6]. Taki rozkład ciężaru dowodu niewątpliwie sprzyja skutecznej walce z dyskryminacją pośrednią.

Należy zatem zauważyć, że tak Trybunał Sprawiedliwości, jak i sądy krajowe mogą odegrać ważną rolę w kontekście wykorzystywania potencjału omawianej koncepcji prawnej. Dużo zależy od podejścia do wskazywanych wyżej elementów. Jeśli ułatwimy powodom wykazywanie niekorzystnego wpływu, a pozwanym postawimy wyraźne granice w zakresie możliwości obiektywnego uzasadnienia, wsparte wnikliwą kontrolą zgodności zastosowanych środków z zasadą proporcjonalności, to mamy większe szanse na zwalczanie przynajmniej tych najbardziej widocznych przejawów dyskryminacji

[6] Por. art. 8 dyrektywy 2000/43, art. 10 dyrektywy 2000/78, art. 9 dyrektywy 2004/113 oraz art. 19 dyrektywy 2006/54.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

pośredniej. Warto przy tym podkreślić, że pewną rolę w tym zakresie może odegrać również ustawodawca krajowy. Dyrektywy dotyczące równego traktowania ze względu na płeć, pochodzenie rasowe lub etniczne, religię lub światopogląd, niepełnosprawność, wiek oraz orientację seksualną zawierają bowiem jedynie minimalne wymagania, a państwa członkowskie mogą wprowadzać lub utrzymywać przepisy bardziej korzystne, np. przewidzieć dalej idące wymogi w zakresie zgodności środka z zasadą proporcjonalności. Oznacza to, że niezależnie od szczególnej roli sądów w zakresie wykorzystywania potencjału dyskryminacji pośredniej, również organy tworzące prawo mają pewne możliwości w tym zakresie. Trzeba także zauważyć, że samo wprowadzenie zakazu tej formy dyskryminacji do ustawodawstwa krajowego nie jest wystarczające, ale należy podjąć dalsze działania, np. związane z podnoszeniem świadomości społeczeństwa w tej dziedzinie.

Istotne znaczenie ma również rozgraniczenie dyskryminacji pośredniej od zbliżonych koncepcji występujących w aktach prawnych Unii Europejskiej oraz orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości. Praktyka potwierdza, że nie jest to łatwe zadanie, zwłaszcza jeśli chodzi o jej odróżnienie od dyskryminacji bezpośredniej oraz ograniczeń występujących w ramach swobód rynku wewnętrznego. Ostatnie rozstrzygnięcia Trybunału pokazują, że przy ocenie, czy mamy do czynienia z bezpośrednią bądź pośrednią formą dyskryminacji, decydującą rolę odgrywa skutek zastosowanego środka. Jeśli ma on niekorzystny wpływ na całą grupę osób chronionych, np. osoby danej płci czy orientacji seksualnej, to mimo że nie opiera się wprost na zakazanym kryterium, będzie mógł zostać uznany za bezpośrednio dyskryminujący, co często bywa korzystne dla powodów. Z kolei w wyrokach dotyczących swobód rynku wewnętrznego Trybunał coraz częściej odwołuje się do ograniczeń. Jednocześnie jednak nie podejmuje próby ich odróżnienia od dyskryminacji pośredniej. W rezultacie relacje między tymi koncepcjami są niejasne, a orzecznictwo Trybunału nieprzewidywalne. Dobrze byłoby zatem, aby w przyszłych rozstrzygnięciach została wytyczona bardziej wyraźna „linia demarkacyjna", dzięki której można by łatwiej określać, czy w danej sprawie mamy do czy-

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

nienia z dyskryminacją pośrednią, czy też z ograniczeniem swobód rynku wewnętrznego.

Analiza przeprowadzona w pracy potwierdza, że dyskryminacja pośrednia odgrywa ważną rolę w dążeniu do zapewnienia równości materialnej, a nie tylko formalnej. Koncentruje się bowiem nie na przyczynie, ale na skutku zastosowanego środka, a to pozwala na jego ocenę w szerszym kontekście społecznym i gospodarczym. Jest to koncepcja o dużym potencjale, który warto odpowiednio wykorzystać, aby wyeliminować różne przejawy dyskryminacji występujące nie tylko w sferze zatrudnienia i pracy, ale również w życiu codziennym.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

Wykaz aktów prawnych

Akty prawne o wiążącym charakterze

1. Rozporządzenie 1612/68 z 15 października 1968 roku w sprawie swobodnego przepływu pracowników wewnątrz Wspólnoty, Dz. Urz. L 257 z 19.10.1968, s. 2–12.
2. Dyrektywa 2004/38 z 29 kwietnia 2004 roku w sprawie prawa obywateli Unii i członków ich rodzin do swobodnego przemieszczania się i pobytu na terytorium państw członkowskich, Dz. Urz. L 158 z 30.04.2004, s. 77–123.
3. Dyrektywa 75/117 z 10 lutego 1975 roku w sprawie zbliżenia ustawodawstw państw członkowskich dotyczących stosowania zasady równości wynagrodzeń dla mężczyzn i kobiet, Dz. Urz. L 45 z 19.02.1975, s. 19–20.
4. Dyrektywa 76/207 z 9 lutego 1976 roku w sprawie wprowadzenia w życie zasady równego traktowania kobiet i mężczyzn w zakresie dostępu do zatrudnienia, kształcenia i awansu zawodowego oraz warunków pracy, Dz. Urz. L 39 z 14.02.1976, s. 40–42.
5. Dyrektywa 79/7 z 19 grudnia 1978 roku w sprawie stopniowego wprowadzania w życie zasady równego traktowania kobiet i mężczyzn w dziedzinie zabezpieczenia społecznego, Dz. Urz. L 6 z 10.01.1979, s. 24–25.
6. Dyrektywa 86/613 z 11 grudnia 1986 roku w sprawie stosowania zasady równego traktowania kobiet i mężczyzn pracujących na własny rachunek, w tym w rolnictwie, oraz w sprawie ochrony kobiet pracujących na własny rachunek w okresie ciąży i macierzyństwa, Dz. Urz. L 359 z 19.12.1986, s. 56–58.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

7. Dyrektywa Rady 92/85/EWG z 19 października 1992 roku w sprawie wprowadzenia środków służących wspieraniu poprawy w miejscu pracy bezpieczeństwa i zdrowia pracownic w ciąży, pracownic, które niedawno rodziły, i pracownic karmiących piersią, Dz. Urz. L 348 z 28.11.1992, s. 1–8.
8. Dyrektywa 97/80 z 15 grudnia 1997 roku dotycząca ciężaru dowodu w sprawach dyskryminacji ze względu na płeć, Dz. Urz. L 14 z 20.01.1998, s. 6–8.
9. Dyrektywa 2000/43 z 29 czerwca 2000 roku wprowadzająca w życie zasadę równego traktowania osób bez względu na pochodzenie rasowe lub etniczne, Dz. Urz. L 180 z 19.07.2000, s. 22–26.
10. Dyrektywa 2000/78 z 27 listopada 2000 roku ustanawiająca ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy, Dz. Urz. L 303 z 2.12.2000, s. 16–22.
11. Dyrektywa 2002/73 z 23 września 2002 roku zmieniająca dyrektywę Rady 76/207 w sprawie wprowadzenia w życie zasady równego traktowania mężczyzn i kobiet w zakresie dostępu do zatrudnienia, kształcenia i awansu zawodowego oraz warunków pracy, Dz. Urz. L 269 z 5.10.2002, s. 15–20.
12. Dyrektywa 2004/113 z 13 grudnia 2004 roku wprowadzająca w życie zasadę równego traktowania mężczyzn i kobiet w zakresie dostępu do towarów i usług oraz dostarczania towarów i usług, Dz. Urz. L 373 z 21.12.2004, s. 37–43.
13. Dyrektywa 2006/54 z 5 lipca 2006 roku w sprawie wprowadzenia w życie zasady równości szans oraz równego traktowania kobiet i mężczyzn w dziedzinie zatrudnienia i pracy (wersja przeredagowana), Dz. Urz. L 204 z 26.07.2006, s. 23–36.
14. Dyrektywa 2010/41 z 7 lipca 2010 r. w sprawie stosowania zasady równego traktowania kobiet i mężczyzn prowadzących działalność na własny rachunek oraz uchylająca dyrektywę Rady 86/613/EWG, Dz. Urz. L 180 z 15.07.2010 r., s. 1–6.
15. Decyzja Rady 91/49 z 26 listopada 1990 roku dotycząca działań Wspólnoty na rzecz osób starszych, Dz. Urz. L 28 z 2.02.1991, s. 29–31.
16. Decyzja Rady 92/440 z 24 czerwca 1992 roku o zorganizowaniu Europejskiego Roku Osób Starszych i Solidarności Między Pokoleniami (1993), Dz. Urz. L 245 z 26.08.1992, s. 43–45.
17. Decyzja Rady 2000/750/WE z 27 listopada 2000 r. ustanawiająca wspól-

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

notowy program działań w zakresie zwalczania dyskryminacji (2001––2006 r.), Dz. Urz. L 303 z 2.12.2000, s. 23–28.

Akty prawne o niewiążącym charakterze

1. Komunikat Komisji Europejskiej z 1990 roku dotyczący osób starszych, COM (90) 80 final.
2. Komunikat Komisji Europejskiej z 1996 roku o równości szans dla ludzi z niepełnosprawnością, COM (96) 406 final.
3. Zalecenie Komisji Europejskiej 89/350 z 1989 roku dotyczące europejskiej karty dla osób powyżej sześćdziesięciu lat, Dz. Urz. L 144 z 27.05.1989, s. 59–61.
4. Zalecenie Komisji Europejskiej 92/131 z 1991 roku o ochronie godności kobiet i mężczyzn w pracy, Dz. Urz. L 49 z 24.2.1992, s. 1–8.
5. Rezolucja Parlamentu Europejskiego z 1994 roku o równych prawach dla gejów i lesbijek we Wspólnotach Europejskich, Dz. Urz. C 61 z 28.02. 1994, s. 40.
6. Rezolucja Rady z 1990 roku w sprawie walki przeciwko rasizmowi i ksenofobii, Dz. Urz. C 157 z 27.06.1990, s. 1–3.
7. Rezolucja Rady z 1995 roku w sprawie walki z rasizmem i ksenofobią w dziedzinie zatrudnienia i spraw społecznych, Dz. Urz. C 296 z 10.11.1995, s. 13–14.
8. Rezolucja Rady z 1996 roku o równości szans dla ludzi z niepełnosprawnością, Dz. Urz. C 12 z 1997, s. 1.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

Wykaz orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości

1. Wyrok z 20 marca 1957 roku w sprawie Geitling v. Wysoka Władza, 2/56, ECR (English Special Edition) 1957, s. 3.
2. Wyrok z 21 czerwca 1958 roku w sprawie Groupement des hauts fourneaux et aciéries belges v. Wysoka Władza, 8/57, ECR (English Special Edition) 1958, s. 245.
3. Wyrok z 17 grudnia 1959 roku w sprawie Société des fonderies de Pont-à-Mousson v. Wysoka Władza,14/59, ECR (English Special Edition) 1959, s. 215.
4. Wyrok z 10 maja 1960 roku w sprawach Barbara Erzbergbau AG i inni v. Wysoka Władza, 3–58 do 18–58, 25–58 i 26–58, ECR 1960, s. 173.
5. Wyrok z 13 lipca 1962 roku w sprawach Klöckner-Werke AG i Hoesch AG v. Wysoka Władza, 17 i 20/61, ECR 1962, s. 325.
6. Wyrok z 17 lipca 1963 roku w sprawie Republika Włoska v. Komisja, 13/63, ECR 1963, s. 165.
7. Wyrok z 15 października 1969 roku w sprawie Württembergische Milchverwertung-Südmilch AG v. Salvatore Ugliola, 15/69, ECR 1969, s. 363.
8. Wyrok z 7 czerwca 1972 roku w sprawie Luisa Sabbatini, née Bertoni v. Parlament Europejski, 20/71, ECR 1972, s. 345.
9. Wyrok z 13 grudnia 1972 w sprawie Pieter Marsman v. M. Rosskamp, 44/72, ECR 1972, s. 1243.
10. Wyrok z 12 lutego 1974 w sprawie Giovanni Maria Sotgiu v. Deutsche Bundespost, 152/73, ECR 1974, s. 153.
11. Wyrok z 3 grudnia 1974 roku w sprawie Johannes Henricus Maria van Binsbergen v. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid, 33/74, ECR 1974, s. 1299.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

12. Wyrok z 20 lutego 1975 roku w sprawie Jeanne Airola v. Komisja WE, 21/74, ECR 1975, s. 221.
13. Wyrok z 8 kwietnia 1976 roku w sprawie Gabrielle Defrenne v. Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena, 43/75, ECR 1976, s. 455.
14. Wyrok z 27 października 1976 roku w sprawie Vivien Prais v. Rada WE, 130/75, ECR 1976, s. 1589.
15. Wyrok z 28 kwietnia 1977 roku w sprawie Jean Thieffry v. Conseil de l'ordre des avocats à la cour de Paris, 71/76, ECR 1977, s. 765.
16. Wyrok z 19 października 1977 roku w sprawach Albert Ruckdeschel v. Hauptzollamt Hamburg-St. Annen i Diamalt AG v. Hauptzollamt Itzehoe, 117/76 i 16/77, ECR 1977, s. 1753.
17. Wyrok z 19 października 1977 roku w sprawach SA Moulins & Huileries de Pont-à-Mousson i Société coopérative Providence agricole de la Champagne v. Office national interprofessionnel des céré, 124/76 i 20/77, ECR 1977, s. 1795.
18. Wyrok z 16 lutego 1978 roku w sprawie Komisja WE v. Irlandia, 61/77, ECR 1978, s. 417.
19. Wyrok z 15 czerwca 1978 roku w sprawie Gabrielle Defrenne v. Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena, 149/77, ECR 1978, s. 1365.
20. Wyrok z 28 czerwca 1978 roku w sprawie Patrick Christopher Kenny v. Insurance Officer, 1/78, ECR 1978, s. 1489.
21. Wyrok z 25 października 1978 roku w sprawach Royal Scholten-Honig (Holdings) Limited v. Intervention Board for Agricultural Produce i Tunnel Refineries Limited v. Intervention Board for Agricultural, 103 i 145/77, ECR 1978, s. 2037.
22. Wyrok z 28 listopada 1978 roku w sprawie postępowanie karne przeciwko Michel Choquet, 16/78, ECR 1978, s. 2293.
23. Wyrok z 12 lipca 1979 roku w sprawie Caisse régionale d'assurance maladie de Lille (CRAM) v. Diamante Palermo, née Toia, 237/78, ECR 1979, s. 2645.
24. Wyrok z 27 marca 1980 roku w sprawie Macarthys Ltd v. Wendy Smith, 129/79, ECR 1980, s. 1275.
25. Wyrok z 29 października 1980 roku w sprawie Boussac Saint-Frères SA v. Brigitte Gerstenmeier, 22/80, ECR 1980, s. 3427.
26. Wyrok z 31 marca 1981 roku w sprawie J.P. Jenkins v. Kingsgate (Clothing Productions) Ltd., 96/80, ECR 1981, s. 911.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

27. Wyrok z 3 lutego 1982 roku w sprawach Seco i Desquenne & Giral v. Etablissement d'assurance contre la vieillesse et l'invalidité, 62 i 63/81, ECR 1981, s. 223.
28. Wyrok z 15 lipca 1982 roku w sprawie Edeka Zentrale AG v. RFN, 245/81, ECR 1982, s. 2745.
29. Wyrok z 13 listopada 1984 roku w sprawie Firma A. Racke v. Hauptzollamt Maisz, 283/83, ECR 1984, s. 3791.
30. Wyrok z 13 grudnia 1984 roku w sprawie Sermide SpA v. Cassa Conguaglio Zucchero i inni, 106/83, ECR 1984, s. 4209.
31. Wyrok z 13 lutego 1985 r. w sprawie Françoise Gravier v. City of Liège, 293/83, ECR 1985, s. 593.
32. Wyrok z 27 marca 1985 roku w sprawie Vera Hoeckx v. Openbaar Centrum voor Maatschappelijk Welzijn, Kalmthout, 249/83, ECR 1985, s. 973.
33. Wyrok z 2 maja 1985 roku w sprawie Claudia De Angelis v. Komisja WE, 246/83, ECR 1985, s. 1253.
34. Wyrok z 13 maja 1986 roku w sprawie Bilka – Kaufhaus GmbH v. Karin Weber von Hartz, 170/84, ECR 1986, s. 1607.
35. Wyrok z 25 listopada 1986 roku w sprawach Marthe Klensch i inni v. Secrétaire d'État à l'Agriculture et à la Viticulture, 201 i 202/85, ECR 1986, s. 3477.
36. Wyrok z 11 czerwca 1987 roku w sprawie J. W. Teuling v. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Chemische Industrie, 30/85, ECR 1987, s. 2497.
37. Wyrok z 4 lutego 1988 roku w sprawie Mary Murphy i inni v. An Bord Telecom Eireann., 157/86, ECR 1988, s. 673.
38. Wyrok z 2 lutego 1989 roku w sprawie Ian William Cowan v. Trésor public, 186/87, ECR 1989, s. 195.
39. Wyrok z 30 maja 1989 roku w sprawie Pilar Allué i Carmel Mary Coonan v. Università degli Studi di Venezia, 33/88, ECR 1989, s. 1591.
40. Wyrok z 11 lipca 1989 r. w sprawie Hermann Schräder HS Kraftfutter GmbH & Co. KG v. Hauptzollamt Gronau, 265/87, ECR 1989, s. 2237.
41. Wyrok z 13 lipca 1989 roku w sprawie Rinner-Kühn v. FWW Spezial-Gebäudereinigung GmbH & Co. KG., 171/88, ECR 1989, s. 2743.
42. Wyrok z 17 października 1989 roku w sprawie Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark v. Dansk Arbejdsgiverforening (Danfoss), 109/88, ECR 1989, s. 3199.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

43. Wyrok z 5 grudnia 1989 roku w sprawie Komisja WE v. Republika Włoska, 3/88, ECR 1989, s. 4035.
44. Wyrok z 13 grudnia 1989 roku w sprawie Ruzius-Wilbrink v. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Overheidsdiensten, 102/88, ECR 1989, s. 4311.
45. Wyrok z 21 lutego 1990 roku w sprawach Gustave Wuidart i inni v. Laiterie coopérative eupenoise société coopérative i inni, C-267-285/88, ECR 1990, s. I–435.
46. Wyrok z 8 maja 1990 roku w sprawie Klaus Biehl v. Administration des contributions du grand-duché de Luxembourg, C-175/88, ECR 1990, s. I–1779.
47. Wyrok z 26 czerwca 1990 r. w sprawie Vincenzo Zardi v. Consorzio agrario provinciale di Ferrara, C-8/89, ECR 1990, s. I–2515.
48. Wyrok z 27 czerwca 1990 roku w sprawie Maria Kowalska v. Freie und Hansestadt Hamburg, C-33/89, ECR 1990, s. I–2591.
49. Wyrok z 8 listopada 1990 roku w sprawie Elisabeth Dekker v. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus, C-177/88, ECR 1990, s. I–3941.
50. Wyrok z 8 listopada 1990 roku w sprawie Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark (acting for Hertz) v. Dansk Arbejdsgiverforening, C-179/88, ECR 1990, s. I–3979.
51. Wyrok z 13 listopada 1990 roku w sprawie The Queen v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food and Secretary of State for Health (Fedesa), C-331/88, ECR 1990, s. I–4023.
52. Wyrok z 7 lutego 1991 roku w sprawie Helga Nimz v. Freie und Hansestadt Hamburg, C-184/89, ECR 1991, s. I–297.
53. Wyrok z 7 marca 1991 roku w sprawie Masgio v. Bundesknappschaft, C-10/90, ECR 1991, s. I–1119.
54. Wyrok z 7 maja 1991 roku w sprawie Komisja WE v. Królestwo Belgii, C-229/89, ECR 1991, s. I–2205.
55. Wyrok z 25 lipca 1991 roku w sprawie Manfred Säger v. Dennemeyer & Co. Ltd, C-76/90, ECR 1991, s. I–4221.
56. Wyrok z 21 listopada 1991 roku w sprawie URSSAF v. Hostellerie Le Manoir SARL, C-27/91, ECR 1991, s. I–5531.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

57. Wyrok z 28 stycznia 1992 roku w sprawie Bachmann v. Belgia, C-204/90, ECR 1992, s. I–249.
58. Wyrok z 3 czerwca 1992 roku w sprawie Komisja WE v. Republika Włoska, C-360/89, ECR 1992, s. I–3401.
59. Wyrok z 19 listopada 1992 roku w sprawie Jan Molenbroek v. Bestuur van de Sociale Verzekeringsbank, C-226/91, ECR 1992, s. I–5943.
60. Wyrok z 10 marca 1993 roku w sprawie Komisja WE v. Luksemburg, C-111/91, ECR 1993, s. I–817.
61. Wyrok z 31 marca 1993 roku w sprawie Dieter Kraus v. Land Baden-Württemberg, C-19/92, ECR 1993, s. I–1663.
62. Wyrok z 27 maja 1993 roku w sprawie Hugo Schmid v. Belgia, C-310/91, ECR 1993, s. I–3011.
63. Wyrok z 13 lipca 1993 roku w sprawie The Queen v. Inland Revenue Commissioners, ex parte Commerzbank, C-330/91, ECR 1993, s. I–4017.
64. Wyrok z 2 sierpnia 1993 roku w sprawach Pilar Allué i inni v. Università degli studi di Venezia oraz Università degli studi di Parma, C-259/91, C-331/91 i C-332/91, ECR 1993, s. I–4309.
65. Wyrok z 20 października 1993 roku w sprawach Phil Collins v. Imtrat Handelsgesellschaft mbH oraz Patricia Im- und Export Verwaltungsgesellschaft mbH i Leif Emanuel Kraul v. EMI Electrola GmbH, C-92/92 i C-326/92, ECR 1993, s. I–5145.
66. Wyrok z 27 października 1993 roku w sprawie Enderby v. Frenchay Health Authority and Secretary of State for Health, C-127/92, ECR 1993, s. I–5535.
67. Wyrok z 9 listopada 1993 roku w sprawie Birds Eye Walls Ltd. v. Friedel M. Roberts, C-132/92, ECR 1993, s. I–5579.
68. Wyrok z 30 listopada 1993 roku w sprawie Petra Kirsammer-Hack v. Nurhan Sidal, C-189/91, ECR 1993, s. I–6185.
69. Wyrok z 24 lutego 1994 roku w sprawie M. A. De Weerd, née Roks i inni v. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Gezondheid i inni, C-343/92, ECR 1994, s. I–571.
70. Wyrok z 28 lutego 1994 roku w sprawie Scholz v. Opera Universitaria di Cagliari and Cinzia Porcedda, C-419/92, ECR 1994, s. I–505.
71. Wyrok z 30 kwietnia 1994 roku w sprawie P v. S i Cornwall County Council, C-13/94, ECR 1996, s. I–2143.
72. Wyrok z 17 maja 1994 roku w sprawie Corsica Ferries Italia Srl v. Corpo dei Piloti del Porto di Genova, C-18/93, ECR 1994, s. I–1783.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

73. Wyrok z 14 lipca 1994 roku w sprawie Carole Louise Webb v. EMO Air Cargo (UK) Ltd., C-32/93, ECR 1994, s. I–3567.
74. Wyrok z 9 sierpnia 1994 roku w sprawie Vander Elst v. Office des Migrations Internationales, C-43/93, ECR 1994, s. I–3803.
75. Wyrok z 28 września 1994 w sprawie Coloroll Pension Trustees Ltd v. James Richard Russell i inni, C-200/91, ECR 1994, s. I–4389.
76. Wyrok z 5 października 1994 r. w sprawach Antonio Crispoltoni v. Fattoria Autonoma Tabacchi and Giuseppe Natale and Antonio Pontillo v. Donatab Srl., C-133, 300 i 362/93, ECR 1994, s. I–4863.
77. Wyrok z 13 grudnia 1994 roku w sprawie Rita Grau-Hupka v. Stadtgemeinde Bremen, C-297/93, ECR 1994, s. I–5535.
78. Wyrok z 15 grudnia 1994 roku w sprawach Stadt Lengerich v. Angelika Helmig i inni, C-399/92, C-409/92, C-425/92, C-34/93, C-50/93 i C-78/93, ECR 1994, s. I–5727.
79. Wyrok z 14 lutego 1995 roku w sprawie Finanzamt Köln-Altstadt v. Roland Schumacker, C-279/93, ECR 1995, s. I–225.
80. Wyrok z 31 maja 1995 roku w sprawie Specialarbejderforbundet i Danmark v. Dansk Industri, formerly Industriens Arbejdsgivere, acting for Royal Copenhagen A/S, C-400/93, ECR 1995, s. I–1275.
81. Wyrok z 11 sierpnia 1995 roku w sprawie G. H. E. J. Wielockx v. Inspecteur der Directe Belastingen, C-80/94, ECR 1995, s. I–2493.
82. Wyrok z 17 października 1995 roku w sprawie Eckhard Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen, C-450/93, ECR 1995, s. I–3051.
83. Wyrok z 30 listopada 1995 roku w sprawie Reinhard Gebhard v. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano, C-55/94, ECR 1995, s. I–4165.
84. Wyrok z 14 grudnia 1995 roku w sprawie Inge Nolte v. Landesversicherungsanstalt Hannover, C-317/93, ECR 1995, s. I–4625.
85. Wyrok z 14 grudnia 1995 roku w sprawie Megner i Scheffel v. Innungskrankenkasse Vorderpfalz, C-444/93, ECR 1995, s. I–4741.
86. Wyrok z 15 grudnia 1995 roku w sprawie Union royale belge des sociétés de football association ASBL v. Jean-Marc Bosman, C-415/93, ECR 1995, s. I–4921.
87. Wyrok z 1 lutego 1996 roku w sprawie Posthuma-van Damme v. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Detailhandel i N. Oztürk v. Bestuur van de Nieuwe Algemene Bedrijfsvereniging, C-280/94, ECR 1996, s. I–179.
88. Wyrok z 6 lutego 1996 roku w sprawie Kuratorium für Dialyse und

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

Nierentransplantation e.V. v. Johanna Lewark, C-457/93, ECR 1996, s. I–243.
89. Wyrok z 8 lutego 1996 roku w sprawie C. B. Laperre v. Bestuurscommissie beroepszaken in de provincie Zuid-Holland, C-8/94, ECR 1996, s. I–273.
90. Wyrok z 7 marca 1996 roku w sprawie Edith Freers i Hannelore Speckmann v. Deutsche Bundespost, C-278/93, ECR 1996, s. I–1165.
91. Wyrok z 23 maja 1996 roku w sprawie John O'Flynn v. Adjudication Officer, C-237/94, ECR 1996, s. I–2617.
92. Wyrok z 26 września 1996 roku w sprawie Data Delecta Aktiebolag i Ronny Forsberg v. MSL Dynamics Ltd., C-43/95, ECR 1996, s. I–4661.
93. Wyrok z 20 marca 1997 roku w sprawie David Charles Hayes i Jeannette Karen Hayes v. Kronenberger GmbH, C-323/95, ECR 1997, s. I–1711.
94. Wyrok z 17 czerwca 1997 roku w sprawach The Queen v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Mann Singh Shingara oraz ex parte Abbas Radiom, C-65/95 i C-111/95, ECR 1997, s. I–3343.
95. Wyrok z 2 października 1997 roku w sprawie Hellen Gerster v. Freistaat Bayern, C-1/95, ECR 1997, s. I–5253.
96. Wyrok z 2 października 1997 roku w sprawie Brigitte Kording v. Senator für Finanzen, C-100/95, ECR 1997, s. I–5289.
97. Wyrok z 2 października 1997 roku w sprawie Stephen Austin Saldanha i MTS Securities Corporation v. Hiross Holding AG, C-122/96, ECR 1997, s. I–5325.
98. Wyrok z 11 listopada 1997 roku w sprawie Hellmut Marschall v. Land Nordrhein-Westfalen, C-409/95, ECR 1997, s. I–6363.
99. Wyrok z 20 listopada 1997 roku w sprawie David Petrie i inni v. Università degli studi di Verona i Camilla Bettoni, C-90/96, ECR 1997, s. I–6527.
100. Wyrok z 27 listopada 1997 roku w sprawie H. Meints v. Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij, C-57/96, ECR 1997, s. I–6689.
101. Wyrok z 2 grudnia 1997 roku w sprawie Eftalia Dafeki v. Landesversicherungsanstalt Württemberg, C-336/94, ECR 1997, s. I–6761.
102. Wyrok z 15 stycznia 1998 roku w sprawie Kalliope Schöning-Kougebetopoulou v. Freie und Hansestadt Hamburg, C-15/96, ECR 1998, s. I–47.
103. Wyrok z 17 lutego 1998 roku w sprawie Grant v. South-West Trains Ltd, C-249/96, ECR 1998, s. I–621.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

104. Wyrok z 12 marca 1998 roku w sprawie Komisja WE v. Republika Grecka, C-187/96, ECR 1998, s. I–1095.
105. Wyrok z 28 kwietnia 1998 roku w sprawie Jessica Safir v. Skattemyndigheten i Dalarnas Län, formerly Skattemyndigheten i KopparbergsLän, C-118/96, ECR 1998, s. I–1897.
106. Wyrok z 28 kwietnia 1998 roku w sprawie Raymond Kohll v. Union des caisses de maladie, C-158/96, ECR 1998, s. I–1931.
107. Wyrok z 30 kwietnia 1998 roku w sprawie CNAVTS v. Évelyne Thibault, C-136/95, ECR 1998, s. I–2011.
108. Wyrok z 7 maja 1998 roku w sprawie Clean Car Autoservice GmbH v. Landeshauptmann von Wien, C-350/96, ECR 1998, s. I–2521.
109. Wyrok z 12 maja 1998 r. w sprawie María Martínez Sala v. Freistaat Bayern, C-85/96, ECR 1998, s. I–2691.
110. Wyrok z 17 czerwca 1998 roku w sprawie Kathleen Hill i Ann Stapleton v. The Revenue Commissioners i Department of Finance, C-243/95, ECR 1998, s. I–3739.
111. Wyrok z 24 września 1998 roku w sprawie Komisja WE v. Francja, C-35/97, ECR 1998, s. I–5325.
112. Wyrok z 27 października 1998 roku w sprawie Margaret Boyle i inni v. Equal Opportunities Commission, C–411/96, ECR 1998, s. I–6401.
113. Wyrok z 24 listopada 1998 roku w sprawie postępowanie karne przeciwko Horst Otto Bickel i Ulrich Franz, C-274/96, ECR 1998, s. I–7637.
114. Wyrok z 9 lutego 1999 roku w sprawie Regina v. Secretary of State for Employment, ex parte Nicole Seymour-Smith i Laura Perez, C-167/97, ECR 1999, s. I–623.
115. Wyrok z 8 czerwca 1999 roku w sprawie C.P.M. Meeusen v. Hoofddirectie van de Informatie Beheer Groep, C-337/97, ECR 1999, s. I–3289.
116. Wyrok z 9 września 1999 roku w sprawie Andrea Krüger v. Kreiskrankenhaus Ebersberg, C-281/97, ECR 1999, s. I–5127.
117. Wyrok z 14 września 1999 roku w sprawie Frans Gschwind v. Finanzamt Aachen-Außenstadt, C-391/97, ECR 1999, s. I–5451.
118. Wyrok z 21 października 1999 r. w sprawie Susanne Lewen v. Lothar Denda, C-333/97, ECR 1999, s. I–7243.
119. Wyrok z 27 stycznia 2000 roku w sprawie Volker Graf v. Filzmoser Maschinenbau GmbH, C-190/98, ECR 2000, s. I–493.
120. Wyrok z 3 lutego 2000 roku w sprawie Silke-Karin Mahlburg v. Land Mecklenburg-Vorpommern, C-207/98, ECR 2000, s. I–549.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

121. Wyrok z 28 marca 2000 roku w sprawie Georg Badeck i inni, C-158/97, ECR 2000, s. I–1875.
122. Wyrok z 30 marca 2000 roku w sprawie Jämställdhetsombudsmannen v. Örebro läns landsting, C-236/98, ECR 2000, s. I–2189.
123. Wyrok z 6 kwietnia 2000 roku w sprawie Birgitte Jørgensen v. Foreningen af Speciallæger and Sygesikringens Forhandlingsudvalg, C-226/98, ECR 2000, s. I–02447.
124. Wyrok z 16 maja 2000 roku w sprawie Patrick Zurstrassen v. Administration des Contributions Directes, C-87/99, ECR 2000, s. I–3337.
125. Wyrok z 6 czerwca 2000 roku w sprawie Roman Angonese v. Cassa di Risparmio di Bolzano SpA, C-281/98, ECR 2000, s. I–4139.
126. Wyrok z 3 września 2000 roku w sprawie Angelo Ferlini v. Centre Hospitalier de Luxembourg, C-411/98, ECR 2000, s. I–8081.
127. Wyrok z 21 września 2000 roku w sprawie Carl Borawitz v. Landesversicherungsanstalt Westfalen, C-124/99, ECR 2000, s. I–7293.
128. Wyrok z 3 października 2000 roku w sprawie Angelo Ferlini v. Centre Hospitalier de Luxembourg (CHL), C-411/98, ECR 2000, s. I–8081.
129. Wyrok z 30 listopada 2000 roku w sprawie Österreichischer Gewerkschaftsbund i Gewerkschaft öffentlicher Dienst v. Republika Austriacka, C-195/98, ECR 2000 s. I–10497.
130. Wyrok z 7 grudnia 2000 roku w sprawie Julia Schnorbus v. Land Hessen, C-79/99, ECR 2000, s. I–10997.
131. Wyrok z 31 maja 2001 roku w sprawach D i Szwecja v. Rada UE, C-122 i 125/99 P, ECR 2001, s. I–4319.
132. Wyrok z 26 czerwca 2001 roku w sprawie Susanna Brunnhofer v. Bank der österreichischen Postsparkasse AG, C-381/99, ECR 2001, s. I–4961.
133. Wyrok z 19 marca 2002 roku w sprawie Lommers v. Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij, C-476/99, ECR 2002, s. I–2891.
134. Wyrok z 4 czerwca 2002 roku w sprawie Komisja WE v. Republika Portugalii, C-367/98, ECR 2002, s. I–4731.
135. Wyrok z 20 marca 2003 roku w sprawie Helga Kutz-Bauer v. Freie und Hansestadt Hamburg C-187/00, ECR 2003 p. I–2741.
136. Wyrok z 11 września 2003 roku w sprawie Erika Steinicke v. Bundesanstalt für Arbeit, C-77/02, ECR 2003, s. I–9027.
137. Wyrok z 23 października 2003 roku w sprawach Hilde Schönheit v. Stadt Frankfurt am Main oraz Silvia Becker v. Land Hessen, C-4 i 5/02, ECR 2003, s. I–12575.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

138. Wyrok z 13 listopada 2003 roku w sprawie D.E. Lindman, C-42/02, ECR 2003, s. I–13519.
139. Wyrok z 13 stycznia 2004 roku w sprawie Debra Allonby v. Accrington & Rossendale College, Education Lecturing Services i Secretary of State for Education and Employment, C-256/01, ECR 2004, s. I–873.
140. Wyrok z 18 marca 2004 roku w sprawie María Paz Merino Gómez v. Continental Industrias del Caucho S.A., C-342/01, ECR 2004, s. I–2605.
141. Wyrok z 23 marca 2004 roku w sprawie Brian Francis Collins v. Secretary of State for Work and Pensions, C-138/02, ECR 2004, s. I–2703.
142. Wyrok z 28 kwietnia 2004 r. w sprawie Sakir Öztürk v. Pensionsversicherungsanstalt der Arbeiter, C-373/02, ECR 2004, s. I–3605.
143. Wyrok z 29 kwietnia 2004 roku w sprawie Komisja WE v. Republika Portugalii, C-171/02, ECR 2004, s. I–5645.
144. Wyrok z 27 maja 2004 roku w sprawie Edeltraud Elsner-Lakeberg v. Land Nordrhein-Westfalen, C-285/02, ECR 2004, s. I–5861.
145. Wyrok z 8 czerwca 2004 roku w sprawie Österreichischer Gewerkschaftsbund, Gewerkschaft der Privatangestellten v. Wirtschaftskammer Österreich, C-220/02, ECR 2004, s. I–5907.
146. Wyrok z 1 lipca 2004 roku w sprawie Florian W. Wallentin v. Riksskatteverket, C-169/03, ECR 2004, s. I–6443.
147. Wyrok z 7 września 2004 roku w sprawie Michel Trojani v. Centre public d'aide sociale de Bruxelles (CPAS), C-456/02, ECR 2004, s. I–7573.
148. Wyrok z 16 września 2004 roku w sprawie Gerard Merida v. Republika Federalna Niemiec, C-400/02, ECR 2004, s. I–8471.
149. Wyrok z 5 października 2004 roku w sprawie CaixaBank France v. Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, C-442/02, ECR 2004, s. I–8961.
150. Wyrok z 27 stycznia 2005 roku w sprawie Europe Chemi-Con v. Rada UE i Komisja WE, C-422/02 P, ECR 2005, s. I–791.
151. Wyrok z 10 marca 2005 roku w sprawie Vasiliki Nikoloudi v. Organismos Tilepikoinonion Ellados AE, C-196/02, ECR 2005, s. I–1789.
152. Wyrok z 15 marca 2005 roku w sprawie Bidar v. London Borough of Ealing, Secretary of State for Education and Skills, C-209/03, ECR 2005, s. I–2119.
153. Wyrok z 7 lipca 2005 roku w sprawie Komisja WE v. Austria, C-147/03, ECR 2005, s. I–5969.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

154. Wyrok z 15 września 2005 roku w sprawie Komisja WE v. Królestwo Danii, C-464/02, ECR 2005, s. I–7929.
155. Wyrok z 15 września 2005 roku w sprawie Office national de l'emploi v. Ioannis Ioannidis, C-258/04, ECR 2005, s. I–8275.
156. Wyrok z 22 listopada 2005 roku w sprawie Werner Mangold v. Rüdiger Helm, C-144/04, ECR 2005, s. I–9981.
157. Wyrok z 16 lutego 2006 roku w sprawie Carmen Sarkatzis Herrero v. Instituto Madrileño de la Salud (Imsalud), C-294/04, ECR 2006, s. I–1513.
158. Wyrok z 11 lipca 2006 roku w sprawie Sonia Chacón Navas v. Eurest Colectividades SA, C-13/05, ECR 2006, s. I–6467.
159. Wyrok z 3 października 2006 roku w sprawie B.F. Cadman v. Health & Safety Executive, C-17/05, ECR 2006, s. I–9583.
160. Wyrok z 9 listopada 2006 roku w sprawie Monique Chateignier v. Office national de l'emploi (ONEM), C-346/05, ECR 2006, s. I–10951.
161. Wyrok z 18 stycznia 2007 roku w sprawie Aldo Celozzi v. Innungskrankenkasse Baden-Württemberg, C-332/05, ECR 2007, s. I–563.
162. Wyrok z 3 maja 2007 roku w sprawie Advocaten voor de Wereld, C-303/05, ECR 2007, s. I–3633.
163. Wyrok z 18 lipca 2007 roku w sprawie État du Grand-Duché de Luxembourg v. Hans Ulrich Lakebrink i Katrin Peters-Lakebrink, C-182/06, ECR 2007, s. I–6705.
164. Wyrok z 16 października 2007 roku w sprawie Félix Palacios de la Villa v. Cortefiel Servicios SA, C-411/05, ECR 2007, s. I–8531.
165. Wyrok z 25 października 2007 roku w sprawie Maria Geurts, Dennis Vogten v. Administratie van de BTW, registratie en domeinen, Belgische Staat, C-464/05, ECR 2007, s. I–9325.
166. Wyrok z 6 grudnia 2007 roku w sprawie Ursula Voß v. Land Berlin, C-300/06, ECR 2007, s. I–10573.
167. Wyrok z 1 kwietnia 2008 roku w sprawie Tadao Maruko v. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen (VddB), C-267/06, ECR 2008, s. I–1757.
168. Wyrok Trybunału z 24 kwietnia 2008 roku w sprawach Michaeler i inni, C-55/07 i C-56/07, ECR 2008, s. I–3135.
169. Wyrok z 10 lipca 2008 roku w sprawie Centrum voor Gelijkheid van Kansen en voor Racismebestrijding v. Firma Feryn NV, C-54/07, ECR 2008, s. I–5187.
170. Wyrok z 17 lipca 2008 roku w sprawie S. Coleman v. Attridge Law i Steve Law, C-303/06, ECR 2008, s. I–5603.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

171. Wyrok z 23 września 2008 roku w sprawie Birgit Bartsch v. Bosch und Siemens Hausgeräte (BSH) Altersfürsorge GmbH, C-427/06, ECR 2008, s. I–7245.
172. Wyrok z 16 października 2008 roku w sprawie R.H.H. Renneberg v. Staatssecretaris van Financiën, C-27/06, ECR 2008, s. I–7735.
173. Wyrok z 16 grudnia 2008 roku w sprawie Société Arcelor Atlantique et Lorraine i in. v. Premier ministre i in., C-127/07, ECR 2008, s. I–9895.
174. Wyrok z 5 marca 2009 roku w sprawie The Incorporated Trustees of the National Council on Ageing (Age Concern England) v. Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform, C-388/07, ECR 2009, s. I–1569.
175. Wyrok z 28 kwietnia 2009 roku w sprawie Komisja WE v. Republika Włoch, C-518/06, ECR 2009, s. I–3491.
176. Wyrok z 18 czerwca 2009 roku w sprawie David Hütter v. Technische Universität Graz, C-88/08, ECR 2009, s. I–5325.
177. Wyrok z 16 lipca 2009 roku w sprawie Evangelina Gómez-Limón Sánchez-Camacho v. Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) i Alcampo SA, C-537/07, ECR 2009, s. I–6525.
178. Wyrok z 8 września 2009 roku w sprawie Liga Portuguesa de Futebol Profissional Bwin International Ltd, dawniej Baw International Ltd v. Departamento de Jogos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa, C-42/07, ECR 2009, s. I–7633.
179. Wyrok z 10 września 2009 roku w sprawie Komisja WE v. RFN, C-269/07, ECR 2009, s. I–7811.
180. Wyrok z 1 października 2009 roku w sprawie Arthur Gottwald v. Bezirkshauptmannschaft Bregenz, C-103/08, ECR 2009, s. I–9117.
181. Wyrok z 6 października 2009 roku w sprawie Dominic Wolzenburg, C-127/07, ECR 2009, s. I–9621.
182. Wyrok z 12 stycznia 2010 roku w sprawie Colin Wolf v. Stadt Frankfurt am Main, C-229/08, ECR 2010, s. I–1.
183. Wyrok z 12 stycznia 2010 roku w sprawie Domnica Petersen v. Berufungsausschuss für Zahnärzte für den Bezirk Westfalen-Lippe, C-341/08, ECR 2010, s. I–47.
184. Wyrok z 19 stycznia 2010 roku w sprawie Seda Kücükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG, C-555/07, ECR 2010, s. I–365.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

185. Wyrok z 18 marca 2010 roku w sprawie F. Gielen v. Staatssecretaris van Financiën, C-440/08, ECR 2010, s. I–2323.
186. Wyrok z 13 kwietnia 2010 roku w sprawie Nicolas Bressol i in. oraz Céline Chaverot i in. v. Gouvernement de la Communauté française, C-73/08, ECR 2010, s. I–2735.
187. Wyrok z 3 czerwca 2010 roku w sprawie Sporting Exchange Ltd, działająca pod nazwą „Betfair" v. Minister van Justitie, C-203/08, ECR 2010, s. I–4695.
188. Wyrok z 12 października 2010 roku w sprawie Ingeniørforeningen i Danmark, działający w imieniu Olego Andersena v. Region Syddanmark, C-499/08, ECR 2010, s. I–9343.
189. Wyrok z 12 października 2010 w sprawie Gisela Rosenbladt v. Oellerking Gebäudereinigungsges. MbH, C-45/09, ECR 2010, s. I–9391.
190. Wyrok z 11 listopada 2010 roku w sprawie Dita Danosa v. LKB Līzings SIA, C-232/09, ECR 2010, s. I–11405.
191. Wyrok z 18 listopada 2010 roku w sprawach Wasił Iwanow Georgiev v. Techniczeski uniwersitet – Sofija, filiał Płowdiw, C-250 i 268/09, ECR 2010, s. I–11869.
192. Wyrok z 18 listopada 2010 roku w sprawie Komisja Europejska v. Republika Portugalii, C-458/08, ECR 2010, s. I–11599.
193. Wyrok z 16 grudnia 2010 roku w sprawie Komisja Europejska v. Republika Francji, C-89/09, ECR 2010, s. I–12941.
194. Wyrok z 22 grudnia 2010 roku w sprawie Yellow Cab Verkehrsbetriebs GmbH v. Landeshauptmann von Wien, C-338/09, ECR 2010, s. I–13927.
195. Wyrok z 20 stycznia 2011 roku w sprawie Komisja v. Republika Grecka, C-155/09, ECR 2011, s. I–65.
196. Wyrok z 8 marca 2011 roku w sprawie Gerardo Ruiz Zambrano v. Office national de l'emploi, C-34/09, niepubl., dostępny na stronie curia.europa.eu.
197. Wyrok z 11 marca 2011 roku w sprawie Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL, Yann van Vugt, Charles Basselier v. Conseil des ministres, C-236/09, niepubl., dostępny na stronie curia.europa.eu.
198. Wyrok z 24 marca 2011 roku w sprawie Komisja Europejska v. Królestwo Hiszpanii, C-400/08, niepubl., dostępny na stronie curia.europa.eu.
199. Wyrok z 29 marca 2011 roku w sprawie Komisja Europejska v. Republika Włoska, C-565/08, niepubl., dostępny na stronie curia.europa.eu.
200. Wyrok z 5 maja 2011 w sprawie Shirley McCarthy v. Secretary of State

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

for the Home Department, C-434/09, niepubl., dostępny na stronie curia.europa.eu.
201. Wyrok z 10 maja 2011 roku w sprawie Jürgen Römer v. Freie und Hansestadt Hamburg, C-147/08, niepubl., dostępny na stronie curia.europa.eu.
202. Wyrok z 12 maja 2011 roku w sprawie Wielkie Księstwo Luksemburga v. Parlament Europejski i Rada UE, C-176/09, niepubl., dostępny na stronie curia.europa.eu.
203. Wyrok z 12 maja 2011 roku w sprawie Malgožata Runevič-Vardyn i Łukasz Paweł Wardyn v. Vilniaus miesto savivaldybės administracija i inni, C-391/09, niepubl., dostępny na stronie curia. europa.eu.
204. Wyrok z 24 maja 2011 roku w sprawie Komisja Europejska v. Wielkie Księstwo Luksemburga, C-51/08, niepubl. dostępny na stronie curia. europa.eu.
205. Wyrok z 16 czerwca 2011 roku w sprawie Komisja Europejska v. Republika Austrii, C-10/10, niepubl., dostępny na stronie curia.europa.eu.
206. Wyrok z 21 lipca 2011 roku w sprawach Gerhard Fuchs i Peter Köhler v. kraj związkowy Hesja, C-159 i 160/10, niepubl., dostępny na stronie curia.europa.eu.
207. Wyrok z 8 września 2011 roku w sprawach Sabine Hennigs v. Eisenbahn-Bundesamt oraz Land Berlin v. Alexander Mai, C-297 i 298/10, niepubl., dostępny na stronie curia.europa.eu.
208. Wyrok z 13 września 2011 roku w sprawie Reinhard Prigge, Michael Fromm i Volker Lambach v. Deutsche Lufthansa AG, C-447/09, niepubl., dostępny na stronie curia.europa.eu.
209. Wyrok z 4 października 2011 roku w sprawach Football Association Premier League Ltd i inni v. QC Leisure i inni oraz Karen Murphy v. Media Protection Services Ltd, C-403/08 i C-429/08, niepubl., dostępny na stronie curia.europa.eu.
210. Wyrok z 13 października 2011 roku w sprawie DHL International NV, dawniej Express Line NV v. Belgisch Instituut voor Postdiensten en Telecommunicatie, C-148/10, niepubl., dostępny na stronie curia.europa.eu.
211. Wyrok z 20 października 2011 w sprawie Waltraud Brachner v. Pensionsversicherungsanstalt, C-123/10, niepubl., dostępny na stronie curia.europa.eu.
212. Wyrok z 27 października 2011 roku w sprawie Komisja Europejska v. Republika Portugalii, C-255/09, niepubl., dostępny na stronie curia. europa.eu.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

213. Wyrok z 15 listopada 2011 roku w sprawie Murat Dereci i inni v. Bundesministerium für Inneres, C-256/11, niepubl., dostępny na stronie curia.europa.eu.
214. Wyrok z 26 kwietnia 2012 roku w sprawach Staatssecretaris van Financiën v. L.A.C. van Putten, P. Mook oraz G. Frank, C-578/10 do C-580/10, niepubl., dostępny na stronie curia.europa.eu.
215. Wyrok z 10 maja 2012 roku w sprawach Duomo Gpa Srl, Gestione Servizi Pubblici Srl i Irtel Srl v. Comune di Baranzate i Comune di Venegono Inferiore, C-357/10 do C-359/10, niepubl., dostępny na stronie curia.europa.eu.
216. Wyrok z 7 czerwca 2012 roku w sprawie Tyrolean Airways Tiroler Luftfahrt Gesellschaft mbH v. Betriebsrat Bord der Tyrolean Airways Tiroler Luftfahrt Gesellschaft mbH, C-132/11, niepubl., dostępny na stronie curia.europa.eu.
217. Wyrok z 14 czerwca 2012 roku w sprawie Komisja Europejska v. Królestwo Niderlandów, C-542/09, niepubl., dostępny na stronie curia.europa.eu.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

Wykaz literatury

Ackermann T., *Book Reviews: Christa Tobler*, *A Case Study into the Development of the Legal Concept of Indirect Discrimination under EC Law*, „Common Market Law Review" 2006, t. 43, nr 6.

Ahtela K., *The Revised Provisions on Sex Discrimination in European Law: A Critical Assessment*, „European Law Journal" 2005, t. 11, nr 1.

Allen R., *Article 13 EC, Evolution and Current Contexts*, [w:] *Equality Law in an Enlarged European Union. Understanding the Article 13 Directives*, H. Meenan (red.), Cambridge 2007.

Arnull A., *The European Union and Its Court of Justice*, Oxford 2006.

Asscher-Vonk I. P., *Towards One Concept of Objective Justification?*, [w:] *Non –Discrimination Law: Comparative Perspectives*, T. Loenen, P. R. Rodrigues (red.), Haga–Londyn–Boston 1999.

Barbera M., *Not the Same? The Judicial Role in the New Community Anti-Discrimination Law Context*, „Industrial Law Journal" 2002, t. 31, nr 1.

Barcz J., *Zakaz dyskryminacji ze względu na wiek w prawie UE w świetle wyroku TS z 19.01.2010 r. w sprawie C-555/07 Seda Kücükdeveci*, „Europejski Przegląd Sądowy" 2010, nr 9.

Barnard C., *Article 13: Through the Looking Glass of Union Citizenship*, [w:] *Legal Issues of Amsterdam Treaty*, D. O'Keeffe, P. Twomey (red.), Oxford 1999.

Barnard C., *Gender and Commercial Discrimination*, [w:] *Discrimination Law: Concepts, Limitations and Justifications*, J. Dine, B. Watt (red.), Londyn 1996.

Barnard C., *Restricting Restrictions: Lessons for the EU from the US?*, „Cambridge Law Journal" 2009, t. 68, nr 3.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

Barnard C., *The Principle of Equality in the Community Context: P, Grant, Kalanke and Marschall: Four Uneasy Bedfellows*, „Cambridge Law Journal" 1998, t. 57, nr 2.

Barnard C., *The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms*, Oxford 2007.

Barnard C., Deakin S., Kilpatrick C., *Equality, Non-discrimination and the Labour Market in the UK*, „International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations" 2002, t. 18, nr 2.

Barnard C., Hepple B., *Indirect Discrimination: Interpreting Seymour-Smith*, „Cambridge Law Journal" 1999, t. 58, nr 2.

Barnard C., Hepple B., *Substantive Equality*, „Cambridge Law Journal" 2000, t. 59, nr 3.

Barrett G., *Re-examining the Concept and Principle of Equality in EC Law*, „Yearbook of European Law" 2003, t. 22.

Beck G., *The State of EC Anti-Sex Discrimination Law and the Judgment in Cadman or How the Legal Can Become the Political*, „European Law Review" 2007, t. 32, nr 4.

Bell M., *Anti-Discrimination Law and the European Union*, Oxford 2002.

Bell M., *Beyond European Labour Law? Reflections on the EU Racial Equality Directive*, „European Law Journal" 2002, t. 8, nr 3.

Bell M., *Equality and Diveristy: Anti-discrimination Law after Amsterdam*, [w:] *Social Law and Policy in an Evolving European Union*, J. Shaw (red.), Oxford 2000.

Bell M., *Equality and the European Union Constitution*, „Industrial Law Journal" 2004, t. 33, nr 3.

Bell M., *EU Anti-Racism Policy: the Leader of the Pack*, [w:] *Equality Law in an Enlarged European Union. Understanding the Article 13 Directives*, H. Meenan (red.), Cambridge 2007.

Bell M., *Racism and Equality in the European Union*, Oxford 2008.

Bell M., *Sexual Orientation in Employment: An Evolving Role for the European Union*, [w:] *Legal Recognition of Same-Sex Partnership. A Study of National, European and International Law*, R. Wintemute, M. Andenæs (red.), Oxford 2001.

Bell M., *Shifting Conceptions of Sexual Discrimination at the Court of Justice: from P v S to Grant v SWT*, „European Law Journal" 1999, t. 5, nr 1.

Bell M., Waddington L., *Reflecting on Inequalities in European Equality Law*, „European Law Review" 2003, t. 28, nr 3.

Bell M., Waddington L., *More Equal Than Others: Distinguishing European*

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

Union Equality Directives, „Common Market Law Review" 2001, t. 38, nr 3.

Bernard N., *Discrimination and Free Movement in EC Law*, „International and Comparative Quarterly" 1996, t. 45, nr 1.

Bernard N., *What Are The Purposes of EC Discrimination Law?*, [w:] *Discrimination Law. Concepts, Limitations and Justifications*, J. Dine, B. Watt (red.), London–New York.

Bodnar A., *Karta Praw Podstawowych: zróżnicowany charakter prawny postanowień Karty i ich skutki dla jednostek, sądów oraz ustawodawcy*, [w:] *Ochrona praw podstawowych w Unii Europejskiej*, J. Barcz (red.), Warszawa 2008.

Bodnar A., *Zakaz dyskryminacji osób homoseksualnych pozostających w związkach partnerskich – glosa do wyroku ETS z 1.04.2008 w sprawie C-267/06 Tadao Maruko przeciwko Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, „Europejski Przegląd Sądowy" 2008, nr 10.

Boruta I., *Dyskryminacja pośrednia w pracy ze względu na płeć*, „Studia Prawno-Europejskie", M. Seweryński (red.), Łódź 1996.

Boruta I., *Równość kobiet i mężczyzn w pracy w świetle prawa Wspólnoty Europejskiej. Implikacje dla Polski*, Łódź 1996.

Boruta I., *Zakaz dyskryminacji w zatrudnieniu – nowa regulacja prawna*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne" 2004, nr 2.

Boruta I., *Zakaz dyskryminacji w zatrudnieniu – nowe pojęcia*, „Monitor Prawa Pracy" 2004, nr 2.

Brealey M., Hoskins M., *Remedies in EC Law*, London 1998.

Brown Ch, *The Race Directive: Towards Equality for All the Peoples of Europe?*, „Yearbook of European Law" 2001–2002, t. 21.

Brzeziński B., *Zasada niedyskryminacji w europejskim prawie podatkowym. Sprawa Gilly i aktualne kierunki orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości*, „Kwartalnik Prawa Podatkowego" 2000, nr 2.

Buchowska N., *Prawa pracownicze kobiet w normach Międzynarodowej Organizacji Pracy i Wspólnoty Europejskiej*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny" 1999, nr 2.

Bulandra A., Roussek K., Pamuła M. (red.), *Implementacja prawa UE w Polsce. Dyrektywa Rady 2000/78/WE z dnia 27 listopada 2000 roku ustanawiająca ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy – komentarz*, Kraków 2005.

Burek W., *Zakaz dyskryminacji w dostępie do dóbr i usług świadczonych pub-*

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

licznie w prawie polskim – uwagi wokół implementacji dyrektywy rasowej (2000/43), „Praca i Zabezpieczenie Społeczne" 2007, nr 12.

Burri S., *Prohibition of Discrimination on the Ground of Age*, materiały z konferencji *The Fight against Discrimination in Practice: the 2000 Directives on Equality of Treatment*, Trier, 4–25 October 2005, dostępne na stronie: http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/08_Age/2005_Burri1-EN.pdf.

Burrows N., Mair J., *European Social Law*, Chichester 1996.

Ca White R., *Free Movement, Equal Treatment and Citizenship of the Union*, „International and Comparative Law Quarterly" 2005, t. 54, nr 4.

Collins H., *Discrimination, Equality and Social Inclusion*, „Modern Law Review" 2003, t. 66, nr 1.

Connolly M., *Freedom from Discrimination. Indirect Discrimination – Meaning of 'Considerable Difference' Between Those Affected and Those Not – Justification – ECJ and House of Lords*, „Journal of Civil Liberties" 2000, t. 5, nr 2.

Connolly U., *The Race Directive and the Framework Directive: an Analysis of Their Effect on Irish Employment – Part II*, „Irish Law Times" 2001, t. 19, nr 14.

Cunningham N., *Indirect Discrimination: Between the Wheat and the Chaff*, „Industrial Law Journal" 2009, t. 38, nr 2.

Czapliński W., *Zasada równouprawnienia płci w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości*, [w:] *Wokół problemów zawodowego równouprawnienia kobiet i mężczyzn*, R. Siemieńska (red.), Warszawa 1997.

De Búrca G., *The Principle of Proportionality and Its Application in EC Law*, „Yearbook of European Law" 1993, t. 13.

Dockès E., *Equality in Labour Law: an Economically Efficient Human Right? Reflections from a French Law Perspective*, „International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations" 2002, t. 18, nr 2.

Domańska M., *Zasada równości (zakaz dyskryminacji)*, [w:] *Stosowanie prawa Unii Europejskiej przez sądy*, A. Wróbel (red.), Warszawa 2010.

Ellis E., *Definitions of Key Concepts: Direct and Indirect Discrimination, Harassment,* Materiały z konferencji *The Fight Against Discrimination: the Equal Treatment Directives of 2000*, Trier 2007, dostępne na stronie internetowej: http://www.era-comm.eu/oldoku/Definitionofkeyconcepts.htm.

Ellis E., *EC Sex Equality Law*, Oxford 1998.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

Ellis E., *EU Anti-Discrimination Law*, Oxford 2005.

Ellis E., *Gender Discrimination Law in the European Community*, [w:] *Discrimination Law: Concepts, Limitations and Justifications*, J. Dine, B. Watt (red.), Londyn 1996.

Ellis E., *Social Advantages: A New Lease of Life?*, „Common Market Law Review" 2003, t. 40, nr 3.

Ellis E., *The Concept of Proportionality in European Community Sex Discrimination Law*, [w:] *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, E. Ellis (red.), Oxford 1999.

Ellis E., *The Definition of Discrimination in European Community Sex Equality Law*, „European Law Review" 1994, t. 19, nr 6.

Ellis E., *The Impact of the Lisbon Treaty on Gender Equality*, „European Gender Equality Law Review" 2010, t. 1, nr 1.

Ellis E., *The Principle of Equality of Opportunity Irrespective of Sex: Some Reflections on the Present State of European Community Law and Its Future Development*, [w:] *The Principle of Equal Treatment in E.C. Law*, A. Dashwood, S. O'Leary (red.), Londyn 1997.

Ellis E., *The Recent Jurisprudence of the Court of Justice in the Field of Sex Equality*, „Common Market Law Review" 2000, t. 37, nr 6.

Emiliou N., *The Principle of Proportionality in European Law. A Comparative Study*, London–The Hague–Boston 1996.

Evans C., *Freedom of Religion under the European Convention on Human Rights*, Oxford 2001.

Farkas L., *Mniejszości narodowe i etniczne po akcesji do UE*, [w:] *Dyrektywy Unii Europejskiej dotyczące równego traktowania bez względu na rasę jako instrument zmiany prawa polskieg*o, Materiały z międzynarodowej konferencji naukowej, 29 września 2004, Warszawa 2004.

Fenwick H., *From Formal to Substantive Equality: the Place of Affirmative Action in European Union Sex Equality Law*, „European Public Law" 1998, t. 4, nr 4.

Fenwick H., *Indirect Discrimination in Equal Pay Claims: Backward Steps in the European Court of Justice?*, „European Public Law" 1995, t. 1, nr 3.

Fernández López M. F., Calvo Gallego F. J., *Directive 2000/78/EC and the Prohibition of Discrimination Based on Religion*, dostępne na stronie internetowej: http://www.era-comm.eu/oldoku/Discriminationonthegroundsofreligion.htm.

Florek L., *Orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawach*

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

dotyczących równego traktowania mężczyzn i kobiet, „Polityka Społeczna" 1995, nr 11/12.

Florek L., Seweryński M., *Europejskie prawo pracy*, Warszawa 2010.

Flynn L., *Equality Between Men and Women in the Court of Justice*, „Yearbook of European Law" 1997, t. 18.

Flynn L., *The Implications of Article 13 EC – after Amsterdam, Will Some Forms of Discrimination Be More Equal Than Others?*, „Common Market Law Review" 1999, t. 36, nr 6.

Forshaw S., Pilgerstorfer M., *Direct and Indirect Discrimination: Is There Something in Between?*, „Industrial Law Journal" 2008, t. 37, nr 4.

Fredman S., *After Kalanke and Marshall: Affirming Affirmative Action*, „Cambridge Yearbook of European Legal Studies" 1998, t. 1.

Fredman S., *Equality: A New Generation?*, „Industrial Law Journal" 2001, t. 30, nr 2.

Fredman S., *European Community Discrimination Law: A Critique*, „Industrial Law Journal" 1992, t. 21, nr 2.

Gardner J., *Discrimination as Injustice*, Oxford Journal of Legal Studies 1996, t. 16, nr 3.

Gerapetritis G., *The Application of Proportionality in Administrative Law: Judicial Review in France, Greece, England and in the European Community*, Thesis submitted in partial fulfilment of the requirements for the degree of D.Phil. in Law at the University of Oxford, November 1995.

Greenawalt K., *How Empty is the Idea of Equality?*, „Columbia Law Review" 1983, t. 83, nr 5.

Guild E., *The EC Directive on Race Discrimination: Surprises, Possibilities and Limitations*, „Industrial Law Journal" 2000, t. 29, nr 4.

Hannet S., *Equality at the Intersections: The Legislative and Judicial Failure to Tackle Multiple Discrimination*, „Oxford Journal of Legal Studies" 2003, t. 23, nr 1.

Hatzopoulos V., *Recent Developments of the Case Law of the ECJ in the Field of Services*, „Common Market Law Review" 2000, t. 37, nr 1.

Hendriks A., Waddington L., *The Expanding Concept of Employment Discrimination in Europe: from Direct and Indirect Discrimination to Reasonable Accommodation Discrimination*, „International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations" 2002, t. 18, nr 3.

Hepple B., *Race and Law in Fortress Europe*, „Modern Law Review" 2004, t. 67, nr 1.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

Hervey T. K., *Justifications for Sex Discrimination in Employment*, London–Dublin–Edinburgh–Brussels 1993.

Hervey T. K., *The Future for Sex Equality Law in the European Union*, [w:] *Sex Equality Law in the European Union*, T.K. Hervey, D O'Keeffe (red.), Londyn 1996.

Hervey T., Shaw J., *Women, Work and Care in EC Law*, „Journal of European Social Policy" 1998, t. 8, nr 1.

Hilson Ch., *Discrimination in Community Free Movement Law*, „European Law Review" 1999, t. 24, nr 5.

Hirsch G., *Das Verhältnismäßigkeitsprinzip im Gemeinschaftsrecht*, Referat im Rahmen der Vortragsreihe „Grundfragen der Europäischen Rechtsordnung", Bonn 1997.

Honeyball S., *Pregnancy and Sex Discrimination*, „Industrial Law Journal" 2000, t. 29, nr 1.

Horała Ł., *Zakaz dyskryminacji ze względu na orientację seksualną w prawie Unii Europejskiej*, „Przegląd Prawa Europejskiego" 2005, nr 1.

Howard E., *Anti Race Discrimination Measures in Europe: an Attack on Two Fronts*, „European Law Journal" 2005, t. 11, nr 4.

Howard E., *EU Equality Law: Three Recent Developments*, „European Law Journal" 2011, t. 17, nr 6.

Jacobs F. G., *Recent Developments in the Principle of Proportionality in European Community Law*, [w:] *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, E. Ellis (red.), Oxford 1999.

Jans J. H., *The Effect in National Legal Systems of the Prohibition of Discrimination on Grounds of Age As a General Principle of Community Law*, „Legal Issues of Economic Integration" 2007, t. 34, nr 1.

Jeżewski M., *Karta Praw Podstawowych w Traktacie Reformującym Unii Europejskiej*, [w:] *Prawa podstawowe w prawie i praktyce Unii Europejskiej*, C. Mik, K. Gałka (red.), Toruń 2009.

Kamiński I. C., *Karta Praw Podstawowych jako połączenie praw i zasad – strukturalna wada czy szansa?*, [w:] *Karta Praw Podstawowych w europejskim i krajowym porządku prawnym*, A. Wróbel (red.), Warszawa 2009.

Kędziora K., Śmiszek K., *Dyskryminacja i mobbing w zatrudnieniu*, Warszawa 2008.

Kentridge J., *Direct and Indirect Discrimination after Enderby*, „Public Law" 1994, t. 39, nr 4.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

Kolasiński A., *Zakaz dyskryminacji w prawie wspólnotowym*, [w:] *Stosunki pracy w administracji publicznej*, A. Kolasiński, M. Kolasiński, J. Piątkowski (red.), Toruń 2008.

Krois Ch., *Directive 2004/113/EC on Sexual Equality in Access to Goods and Services: Progress or Impasse in European Sex Discrimination Law?*, „Columbia Journal of European Law" 2005, t. 12, nr 1.

Król J., *Nowelizacja kodeksu pracy dotycząca równego traktowania w zatrudnieniu na tle regulacji wspólnotowych*, „Radca Prawny" 2004, nr 4.

Kutscher H., *Zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Recht der Europäischen Gemeinschaften*, [w:] *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in europäischen Rechtsordungen*, H. Kutscher (red.), Heidelberg 1985.

Leader S., *Proportionality and the Justification of Discrimination*, [w:] *Discrimination Law: Concepts, Limitations and Justifications*, J. Dine, B. Watt (red.), Londyn 1996.

Lenaerts K., Foubert P., *Social Rights in the Case-Law of the European Court of Justice. The Impact of the Charter of Fundamental Rights of the European Union on Standing Case-law*, „Legal Issues of Economic Integration" 2001, t. 28, nr 3.

Lengauer A., *The New General Principle of Non-discrimination in the EC Treaty as Amended by the Treaty of Amsterdam*, „Austrian Review of International and European Law" 1999, t. 3, nr 3.

Łętowska E., *Równe traktowanie a granice dopuszczalności programów wyrównawczych*, [w:] *Równość praw kobiet i mężczyzn: ustawodawstwo Unii Europejskiej i Rady Europy, orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Teksty i komentarze*, A. Duda, U. Nowakowska (red.), Warszawa 2001.

Linos K., *Path Dependence in Discrimination Law: Employment Cases in the United States and the European Union*, „Yale Journal of International Law" 2010, t. 35, nr 1.

Loenen T., *Indirect Discrimination: Oscillating Between Containment and Revolution*, [w:] *Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives*, T. Loenen, P. R. Rodrigues (red.), Haga–Londyn–Boston 1999.

Lundström K., *Indirect Sex Discrimination in the European Court of Justice's Version*, [w:] *Legal Perspectives on Equal Treatment and Non-Discrimination*, A. Numhauser-Henning (red.), Haga 2001.

Luxton J. L., *Equality and Sex Discrimination in the European Union – Is*

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

Shifting the Burden of Proof the Answer?, „Dickinson Journal of International Law" 1999, t. 17, nr 2.

Mabbett D., *The Development of Rights-based Social Policy in the European Union: The Example of Disability Rights*, „Journal of Common Market Studies" 2005, t. 43, nr 1.

Majkowska-Szulc S., Tomaszewska M., *Dyskryminacja w zatrudnieniu w braku możliwej do zidentyfikowania ofiary dyskryminacji. Glosa do wyroku ETS z dnia 10 lipca 2008 w sprawie C-54/07 Centrum voor Gelijkheid van Kansen en voor Racismebestrijding p Firma Feryn NV*, „Europejski Przegląd Sądowy" 2009, nr 7.

Maliszewska-Nienartowicz J., *Dyskryminacja pośrednia w prawie Unii Europejskiej: rozwój i istota koncepcji*, „Gdańskie Studia Prawnicze" 2011, t. XXV.

Maliszewska-Nienartowicz J., *Rola zasady równości w prawie Wspólnoty/Unii Europejskiej (w ujęciu ewolucyjnym)*, „Studia Europejskie" 2011, nr 4.

Maliszewska-Nienartowicz, *Zakaz dyskryminacji ze względu na niepełnosprawność w świetle wyroków TS w sprawach Coleman i Chacón Navas*, „Europejski Przegląd Sądowy" 2011, nr 8.

Maliszewska-Nienartowicz J., *Zakaz dyskryminacji ze względu na orientację seksualną i jego skutki – glosa do wyroku TS z 10.05.2011 r. w sprawie C-147/08 Jürgen Römer przeciwko Freie und Hansestadt Hamburg*, „Europejski Przegląd Sądowy" 2012, nr 5.

Maliszewska-Nienartowicz J., *Zakaz dyskryminacji ze względu na płeć na rynku pracy – orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości WE*, „Studia Europejskie" 2008, nr 1.

Maliszewska-Nienartowicz J., *Zakładanie agencji, oddziałów i filii spółek na terenie UE w świetle wybranych orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości*, „Prawo Spółek" 2006, nr 1.

Maliszewska-Nienartowicz J., *Zasada proporcjonalności w prawie Wspólnot Europejskich*, Toruń 2007.

Maliszewska-Nienartowicz J., *Zwalczanie dyskryminacji wielokrotnej (na przykładzie Unii Europejskiej)*, „Państwo i Prawo" 2011, nr 2.

Mancini G. F. , O'Leary S., *The New Frontiers of Sex Equality Law in the European Union*, „European Law Review" 1999, t. 24, nr 4.

Masselot A., *The New Equal Treatment Directive: Plus Ca Change... Comment on Directive 2002/73/EC of 23 September 2002 Amending Council Directive 76/207/EC on the Implementation of the Principle of Equal Treatment*

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

for Men and Women as Regards Access to Employment, Vocational Training and Promotion, and Working Conditions, „Feminist Legal Studies" 2004, t. 12, nr 1.

Matey-Tyrowicz M., *Zakaz dyskryminacji w zatrudnieniu w prawie wspólnotowym*, [w:] *Prawo pracy a wyzwania XXI wieku. Księga jubileuszowa Profesora Tadeusza Zielińskiego*, M. Matey-Tyrowicz, L. Nawacki, B. Wagner (red.), Warszawa 2002.

McCrudden Ch., *Institutional Discrimination*, „Oxford Journal of Legal Studies" 1982, t. 2, nr 3.

McCrudden Ch., *The New Concept of Equality*, ERA-Forum 2003, t. 4, nr 3.

McCrudden Ch., Prechal S., *The Concepts of Equality and Non-Discrimination in Europe: A Practical Approach*, European Commission Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, November 2009.

Mchugh C., *The Equality Principle in EU Law: Taking a Human Rights Approach?*, „Irish Student Law Review" 2006, t. 14.

McMahon J. A., *Law of the Common Agricultural Policy*, Harlow 2000.

Meenan H., *Age Discrimination – of Cinderella and the Golden Bough*, [w:] *Equality Law in an Enlarged European Union. Understanding the Article 13 Directives*, H. Meenan (red.), Cambridge 2007.

Meenan H., *Age: the Individual and the Law – Part I*, „Irish Law Times" 2002, t. 20, nr 10.

Mik C., *Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej. Zagadnienia podstawowe*, [w:] *Traktat Nicejski*, A. Podraza (red.), Lublin 2001.

Mik C., *Karta praw podstawowych: wyznaczniki standardów ochronnych*, [w:] *Ochrona praw podstawowych w Unii Europejskiej*, J. Barcz (red.), Warszawa 2008.

Mik C., *Umocnienie legitymacji demokratycznej Unii Europejskiej*, [w:] *Traktat z Lizbony. Główne reformy ustrojowe Unii Europejskiej*, J. Barcz (red.), Warszawa 2008.

Miné M., *Les concepts de discrimination directe et indirecte*, ERA-Forum 2003, t. 4, nr 3.

Mitrus L., *Rozwój prawa wspólnotowego w dziedzinie równego traktowania kobiet i mężczyzn w zatrudnieniu*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne" 2007, nr 1.

Moon G., *Multiple Discrimination: the Need for Justice for the Whole Person*,

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

dostępne na stronie: http://www.era-comm.eu/oldoku/MultipleDiscrimination.htm.

Morawska E., *Konstrukcja normatywna praw podstawowych Unii Europejskiej w Karcie Praw Podstawowych Unii Europejskiej*, [w:] *Prawa podstawowe w prawie i praktyce Unii Europejskiej*, C. Mik, K. Gałka (red.), Toruń 2009.

More G., *Equality of Treatment in EC Law: the Limits of Market Equality*, [w:] *Feminist Perspectives on the Foundational Subjects of Law*, A. Bottomley (red.), Londyn 1996.

More G., *The Principle of Equal Treatment: from Market Unifier to Fundamental Right?*, [w:] *The Evolution of EU Law*, P. Craig, G. de Búrca (red.), Oxford 1999.

Morris A. J., *On the Normative Foundations of Indirect Discrimination Law: Understanding the Competing Models of Discrimination Law as Aristotelian Forms of Justice*, „Oxford Journal of Legal Studies" 1995, t. 15, nr 2.

Naumann E., *Dyskryminacja w prawie pracy*, „Monitor Prawa Pracy" 2007, nr 6.

O'Leary S., *Employment Law at the European Court of Justice. Judicial Structures, Policies and Processes*, Oxford 2002.

O'Neill A., *Decisions of the European Court of Justice and Their Constitutional Implications*, London–Dublin–Edinburgh 1994.

Oliver H., *Sexual Orientation Discrimination: Perceptions, Definitions and Genuine Occupational Requirements*, „Industrial Law Journal" 2004, t. 33, nr 1.

Osajda K., *Orzecznictwo ETS dotyczące transseksualizmu*, „Europejski Przegląd Sądowy" 2009, nr 9.

Otto M., *Zakaz dyskryminacji ze względu na wiek w zatrudnieniu*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne" 2010, nr 6.

Panopolous A. G., *Barriers to Financing: Is European Union Indirect Discrimination Law the Answer for Female Entrepreneurs?*, „Cardozo Journal of Law & Gender" 2010, t. 16, nr 3.

Peters A., *The Many Meanings of Equality and Positive Action in Favour of Women under European Community Law – A Conceptual Analysis*, „European Journal Law" 1996, t. 2, nr 2.

Pogodzińska P., *Metody interpretacji zasady równości przez trybunały europejskie i ich zastosowanie w sprawach dyskryminacji osób LGBT*, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego" 2009 (numer specjalny – ochrona praw człowieka), t. VII.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

Prechal S., *Combating Indirect Discrimination in Community Law Context*, „Legal Issues of European Integration" 1993, t. 20, nr 1.

Prechal S., *Equality of Treatment, Non-discrimination and Social Policy: Achievements in Three Themes*, „Common Market Law Review" 2004, t. 41, nr 2.

Quinn G., *Disability Discrimination Law in the EU*, [w:] *Equality Law in an Enlarged European Union. Understanding the Article 13 Directives*, H. Meenan (red.), Cambridge 2007.

Roes T., *Case C-555/07, Seda Kücükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG*, „Columbia Journal of European Law" 2010, t. 16, nr 3.

Rychter-Raj M., *Uzasadnione zróżnicowanie pracowników ze względu na płeć*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne" 2003, nr 8.

Sadurski W., *Równość wobec prawa*, „Państwo i Prawo" 1978, nr 8–9.

Schiek D., *A New Framework on Equal Treatment of Persons in EC Law? Directives 2000/43/EC, 2000/78/EC and 2002/???/EC changing Directive 76/207/EC in context*, „European Law Journal" 2002, t. 8, nr 2.

Schiek D., *From European Union Non-discrimination Law towards Multidimensional Equality Law for Europe*, [w:] *European Union Non-discrimination Law. Comparative Perspectives on Multidimensional Equality Law*, D. Schiek, V. Chege (red.), London–New York 2008.

Schiek D., *Indirect Discrimination*, [w:] *Cases, Materials and Texts on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, Oxford 2007.

Schiek D., *Sex Equality Law after Kalanke and Marschall*, „European Law Journal" 1998, t. 4, nr 2.

Schiek D., *Torn Between Arithmetic and Substantive Equality? Perspectives on Equality in German Labour Law*, „International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations" 2002, t. 18, nr 2.

Selmi M., *Indirect Discrimination: a Perspective from the United States*, [w:] *Non-discrimination Law: Comparative Perspectives*, T. Loenen, P. Rodrigues (red.), Martinus Nijhoff 1999.

Sjerps I., *Effects and Justifications or How to Establish a Prima Facie Case of Indirect Sex Discrimination*, [w:] *Non -Discrimination Law: Comparative Perspectives*, T. Loenen, P. R. Rodrigues (red.), Haga–Londyn–Boston 1999.

Skibińska E., *Swoboda zakładania przedsiębiorstw przez osoby prawne (art. 43–48 TWE)*, Warszawa 2008.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

Skidmore P., *EC Framework Directive on Equal Treatment in Employment: Towards a Comprehensive Community Anti-Discrimination Policy?*, „Industrial Law Journal" 2001, t. 30, nr 3.

Śledzińska A., *Homo-niepewni? – analiza prawnych aspektów równości transseksualistów i homoseksualistów w Unii Europejskiej*, [w:] *Równość w Unii Europejskiej – teoria i praktyka*, W. Bokajło, A. Pacześniak (red.), Wrocław 2008.

Steiner J. M., *Sex Discrimination under UK and EEC Law: Two Plus Four Equals One*, „International and Comparative Law Quarterly" 1983, t. 32, nr 2.

Sundberg-Weitman B., *Discrimination on Grounds of Nationality. Free Movement of Workers and Freedom of Establisment uder the EEC Treaty*, Amsterdam–New York–Oxford 1977.

Swift J., *Justifying Age Discrimination*, „Industrial Law Journal" 2006, t. 35, nr 3.

Szewczyk H., *Molestowanie seksualne i mobbing w miejscu pracy lub w związku z pracą – nowe wyzwania dla polskiego prawa pracy*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne" 2002, nr 6.

Szwarc M., *Ograniczenia swobody zakładania przedsiębiorstw i świadczenia usług w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości*, „Studia Prawnicze" 2001, nr 2.

Szyszczak E., *EC Labour Law*, Londyn 2000.

Terrett S., *A Bridge Too Far? Non-Discrimination and Homosexuality in European Community Law*, „European Public Law" 1998, t. 4, nr 4.

Thüsing G., *Following the U.S. Example: European Employment Discrimination Law and the Impact of Council Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC*, „The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations" 2003, t. 19, nr 2.

Tobler Ch., *Indirect Discrimination: A Case Study into the Development of the Legal Concept of Indirect Discrimination under EC Law*, Antwerpia–Oxford 2005.

Tobler Ch., *Limits and Potential of the Concept of Indirect Discrimination*, European Commission. Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Unit G2, Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities 2008.

Tobler Ch., *Sex Equality Law under the Treaty of Amsterdam*, „European Journal of Law Reform" 2000, t. 2, nr 1.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

Tobler Ch., K. Waaldijk, *Case C-267/06, Tadao Maruko v. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen, Judgment of the Grand Chamber of the Court of Justice of 1 April 2008*, „Common Market Law Review" 2009, t. 46, nr 2.

Tridimas T., *The Application of the Principle of Equality to Community Measures*, [w:] *The Principle of Equal Treatment in E.C. Law*, A. Dashwood, S. O'Leary (red.), Londyn 1997.

Tridimas T., *The General Principles of EU Law*, Oxford 2006.

Tridimas T., *The Principle of Proportionality in Community Law: from the Rule of Law to Market Integration*, „Irish Jurist" 1996, t. 31.

Tridimas T., *Proportionality in Community Law: Searching for the Appropriate Standard of Scrutiny*, [w:] *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, E. Ellis (red.), Oxford 1999.

Turczyński P., *Zasada równości i jej interpretacja w prawie pierwotnym UE*, [w:] *Równość w Unii Europejskiej – teoria i praktyka*, W. Bokajło, A. Pacześniak (red.), Wrocław 2008.

Ucellari P., *Multiple Discrimination: How Law Can Reflect Reality*, „The Equal Rights Review" 2008, t. 1.

Usher J. A., *General Principles of EC Law*, London 1998.

Waaldijk K., *Towards the Recognition of Same-Sex Partners in the European Union Law: Expectations Based on Trends in National Law*, [w:] *Legal Recognition of Same-Sex Partnership. A Study of National, European and International Law*, R. Wintemute, M. Andenæs (red.), Oxford 2001.

Waddington L., *Article 13 EC: Mere Rhetoric or a Harbinger of Change?*, „Cambridge Yearbook of European Legal Studies" 1998, t. 1.

Waddington L., *Testing the Limits of the EC Treaty Article on Non-Discrimination*, „Industrial Law Review" 1999, t. 28, nr 2.

Wandzel M., *Czy można usprawiedliwić dyskryminację pośrednią? Sposoby weryfikacji zarzutu dyskryminacji pośredniej w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w Luksemburgu*, „Studia z Zakresu Prawa Pracy" 2001/2002.

Wandzel M., *Nowy kształt kontratypów dyskryminacji po nowelizacji Kodeksu pracy*, „Monitor Prawa Pracy" 2009, nr 5.

Wandzel M., *Wybrane zagadnienia jednakowego wynagrodzenia kobiet i mężczyzn w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w Luksemburgu*, „Studia z zakresu prawa pracy i polityki społecznej", A. Świątkowski (red.), Kraków 1997/1998.

Weiss M., *European Labour Law in Transition from 1985 to 2010*, „Interna-

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

tional Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations" 2010, t. 26, nr 1.

Wells K., *The Impact of the Framework Employment Directive on UK Disability Discrimination Law*, „Industrial Law Journal" 2003, t. 32, nr 4.

Wengdahl A., *Indirect Discrimination and the European Court of Justice*, „CFE Working Paper Series" 2001, dostępne na: http://www.cfe.lu.se/upload/LUPDF/CentrumforEuropaforskning/cfewp15.pdf.

Wentholt K., *Formal and Substantive Equal Treatment: the Limitations and the Potential of the Legal Concept of Equality*, [w:] *Non -Discrimination Law: Comparative Perspectives*, T. Loenen, P. R. Rodrigues (red.), Haga––Londyn–Boston 1999.

Westen P., *The Empty Idea of Equality*, „Harvard Law Review" 1982, t. 95, nr 3.

Whittle R., *The Framework Directive for Equal Treatment in Employment and Occupation: an Analysis from Disability Rights Perspective*, „European Law Review" 2002, t. 27, nr 3.

Williams A. T., *Promoting Justice after Lisbon: Groundwork for a New Philosophy of EU Law*, „Oxford Journal of Legal Studies" 2010, t. 30, nr 4.

Wintemute R., *Recognising New Kinds of Direct Sex Discrimination: Transsexualism, Sexual Orientation and Dress Codes*, „Modern Law Review" 1997, t. 60, nr 3.

Wintemute R., *When is Pregnancy Discrimination Indirect Sex Discrimination?*, „Industrial Law Journal" 1998, t. 27, nr 1.

Wouters J., *The Principle of Non-Discrimination in European Community Law*, „EC Tax Review" 1999, t. 8, nr 2.

Wróbel A., Miąsik D., Półtorak N. (red.), *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz*, t. I, Warszawa 2012.

Wróbel A., *O niektórych problemach sądowego stosowania Karty Praw Podstawowych*, [w:] *Karta Praw Podstawowych w europejskim i krajowym porządku prawnym*, A. Wróbel (red.), Warszawa 2009.

Zalasiński A., *Zakaz dyskryminacji w sferze podatków bezpośrednich w prawie podatkowym Wspólnoty Europejskiej*, Warszawa 2006.

Zawidzka A., *Rynek wewnętrzny Wspólnoty Europejskiej a interes publiczny*, Warszawa 2005.

Zawidzka A., *Zasada niedyskryminacji*, [w:] *Zasady ustrojowe Unii Europejskiej*, t. II, wydanie 2, J. Barcz (red.), Warszawa 2010.

Zielińska E., *Ciężar dowodu w przypadkach dyskryminacji ze względu na płeć w świetle dyrektywy Rady 97/80/WE z dnia 15 grudnia 1997 r.*, [w:] *Rów-*

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

ność praw kobiet i mężczyzn: ustawodawstwo Unii Europejskiej i Rady Europy, orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Teksty i komentarze, A. Duda, U. Nowakowska (red.), Warszawa 2001.

Zielińska E., *Działania Rady Europy w dziedzinie równości kobiet i mężczyzn na rynku pracy*, [w:] *Wokół problemów zawodowego równouprawnienia kobiet i mężczyzn*, R. Siemieńska (red.), Warszawa 1997.

Ziółkowski M., *Problem wspólnotowego zakazu dyskryminacji homoseksualnych partnerów w zarejestrowanych związkach partnerskich*, „Europejski Przegląd Sądowy" 2009, nr 10.

Zwolińska A., *Zakaz dyskryminacji w zatrudnieniu*, „Serwis Prawno-Pracowniczy" 2010, nr 15.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

Indirect Discrimination in the European Union Law

Summary

The main objective of the book is to analyse the legal and practical issues connected with indirect discrimination in the EU law. There is no doubt that the general prohibition of discrimination covers not only direct but also indirect forms of discrimination. This concept has been developed in the case-law of the Court of Justice which has been inspired by the "disparate impact doctrine" formulated by the Supreme Court of the United States and by the national regulations adopted in the United Kingdom and Ireland. Thus, indirect discrimination has its origin in the common law system and through the case-law of the Court of Justice and then regulations of the secondary law of the European Union has been introduced into the systems of continental law, including Polish law.

Indirect discrimination refers to neutral criteria which are not forbidden as such but its application puts the group of persons protected by the general prohibition of discrimination in a disadvantageous position. Consequently, it concentrates on the result of the provision, condition or practice and therefore, requires a broader evaluation which takes into account the economic and social conditions. Moreover, such indirectly discriminatory provisions, conditions or practices can be justified by a legitimate objective but the measures applied to achieve it should be appropriate and necessary. Thus, in the case of indirect discrimination it is particularly important to

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

determine the result of the provision, condition or practice and to apply two tests: the first concerning objective justification and the second test of proportionality. All these factors are analysed in the process of applying the law of the European Union, so in general, before the national authorities. However, this is not an easy task and in case of difficulties they should take into account the decisions of the Court of Justice, which has a great impact on how the notions are understood.

The book contains three chapters. The first one: "Concepts related to indirect discrimination and their regulation in EU law" has an introductory character since it concentrates on such general categories as equality and discrimination. They are presented on the basis of regulations of primary and secondary law, the case-law of the Court of Justice of the European Union and the opinions of the doctrine of European law. Moreover, in view of the fact that the membership to a particular category of people is an important element of the assessment of the provision or practice, this part of the book refers to the criteria that form the basis of prohibited discrimination: nationality (citizenship), sex, racial or ethnic origin, religion or belief, disability, age and sexual orientation. Their presentation is also important as according to the EU law they are not regulated in the same way. There is an internal hierarchy among them and the prohibition of discrimination on the ground of age has the narrowest scope. This in turn has an impact on the scope of the prohibition of indirect discrimination on the basis of specific criteria.

The second chapter of the book presents the evolution of indirect discrimination on the basis of both the case-law of the Court of Justice and regulations of the secondary law of the European Union. After the description of national and international sources of the prohibition of indirect discrimination the first rulings of the Court of Justice in this field are presented. It is worth noting that in the case *Sotgiu* the Court confirmed that "the rules regarding equality of treatment forbid not only overt discrimination by reason of nationality but also all covert forms of discrimination which, by the application of other

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

criteria of differentiation, lead in fact to the same result"[1]. Despite the use of a slightly different terminology, this judgment can be treated as the first attempt to define indirect discrimination. This formula was repeated by the Court in its subsequent case-law on indirect discrimination on grounds of nationality. It was clarified in the case *O'Flynn*[2] where it was underlined that there were two basic elements of indirect discrimination: a formally neutral measure which is not based on a forbidden ground but in practice it has a disparate impact on a protected group and objective justification including reliance on a legitimate aim and proportionality of the measures applied to achieve it. Parallel to the case-law relating to indirect discrimination on grounds of nationality the Court issued judgments relating to sex. They are presented in the book in a chronological order, starting with two of the groundbreaking nature: the cases *Jenkins*[3] and *Bilka*[4], which concerned the measures undertaken by employers. In subsequent decisions the Court also referred to the regulations applied by the Member States, thus confirming that they can be a source of indirect discrimination based on sex. Under the influence of the case-law of the Court the first legal definition of indirect discrimination was adopted. It was contained in the Council Directive 97/80 on the burden of proof in cases of discrimination based on sex. However, the Council Directives: 2000/43 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin and 2000/78 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation (it concerns religion or belief, disability, age and sexual orientation), predicted another definition. According to it, indirect discrimination occurs when an apparently neutral provision, criterion or practice would put persons having a particular characteristic at

[1] Judgment of 12 February 1974, Sotgiu v. Deutsche Bundespost, 152/73, ECR 1974, p. 153.

[2] Judgment of 23 May 1996, John O'Flynn v. Adjudication Officer, C-237/94, ECR 1996, p. I–2617.

[3] Judgment of 31 March 1981, Jenkins v. Kingsgate, 96/80, ECR 1981, p. 911.

[4] Judgment of 13 May 1986, Bilka – Kaufhaus GmbH v. Karin Weber von Hartz, 170/84, ECR 1986, p. 1607.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

a particular disadvantage compared with other persons, unless that provision, criterion or practice is objectively justified by a legitimate aim and the means used to achieve it are appropriate and necessary.

The third chapter of the book concentrates on these basic elements of the concept of indirect discrimination and its relations with similar legal concepts such as direct discrimination and restrictions. Firstly, the examples of neutral criteria are described. Secondly, different attitudes to assessment of negative effects of a measure on a protected group are presented (on the basis of both the case-law of the Court of Justice and the provisions of secondary legislation). Taking into account differences present in this field four categories of cases are distinguished: concerning indirect discrimination on grounds of nationality, equal pay for men and women for the same work, social security of women and men and indirect discrimination in the light of directives 2000/43 and 2000/78. It should be underlined that since the beginning of the development of this concept the Court has applied different standards in cases relating to indirect discrimination based on nationality and on sex. In the first of the indicated areas it has been sufficient to show that a measure can affect migrant workers more than national workers and there is a risk of putting the former at a particular disadvantage. In the second (concerning indirect discrimination based on sex) the Court has required that a measure affects a significantly greater percentage of women than men which has to be shown on the basis of the relevant statistics. However, the definitions included into Council Directives 2004/113 and 2006/54 make it possible to move away from the requirement that a measure has an impact on a much larger number of persons of a particular sex so maintaining it in the case-law of the Court of Justice is quite controversial. The same can be said about its attitude towards objective justification which is an important element of the indirect discrimination. Legitimate aims can be divided into those that are related to the public interest, and those that refer to the job or the company as a whole. It is interesting to note, however, that the Court allows employers to refer to economic factors which is criticised by the doctrine of European law. Some authors even point out that the inclusion of economic factors in the

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

framework of objective justification is the biggest weakness of the concept of indirect discrimination, because the economic needs of employers may outweigh the right to equal treatment. The last element of indirect discrimination presented in the book is the proportionality of the applied measures. Also in this respect there is no single standard for the assessment, but it differs depending on the area concerned.

In the second section of the third chapter the relationships of indirect discrimination with both direct discrimination and restrictions are presented. Particular attention is paid to the factors which allow to distinguish it from the designated legal concepts, which is not always an easy task. That is, for example, in the case of direct discrimination, because although in theory both forms of discrimination differ mainly in terms of their attitude towards the forbidden criterion and the scope of acceptable justification, in practice the dividing line is not always so clear. Therefore, the following paragraphs concentrate on such issues as the role of the criteria in the demarcation of direct and indirect discrimination, the importance of the effect of the measure for its qualification as being directly or indirectly discriminatory and the scope of justification. The second part of the third chapter also discusses the relationships between indirect discrimination and restrictions that emerged in the case law of the Court of Justice as early as in the 70-ies and the approach based on them has been progressively strengthened since the early 90-ies of the last century. The demarcation of these two concepts is not an easy task, especially since the Court itself does not provide clear guidance. Thus, a more clear case-law is required in this area which would allow to determine whether in a particular case we are dealing with indirect discrimination or with restrictions.

The analysis carried out in the book confirms that indirect discrimination plays an important role in ensuring not only formal but also substantive equality. There is no doubt that this concept brings with it new opportunities that do not appear in the case of direct discrimination. It allows to evaluate a number of measures which have an adverse impact on the protected group of people and thus can contribute to combating structural forms of discrimination,

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163

e.g. relating to the part-time workers. Since indirect discrimination focuses on the effect and not the causation, it lets to take into account such measures which "at first sight" seem to be neutral. Thus, it is a very flexible concept, not included in the rigid framework of definition. However, whether this potential of indirect discrimination is realised depends on how it is applied in practice. Undoubtedly, it can be weakened by such factors as the high standards relating to show the adverse impact, too broad possibilities to justify indirectly discriminatory measures and overly burdensome rules of evidence. Therefore, it seems that the authorities applying the law, particularly national courts, play the decisive role in the use of the potential of the presented concept. They are supported by guidance coming from the Court of Justice which, however, should verify its attitude towards both the requirements concerning the adverse impact of a measure and the scope of accepted justification. In relation to the first question it could adopt a more flexible approach taking into account social realities instead of relevant statistics and in the evaluation of objective justification it should take into account proportionality *sensu stricto* (which requires a real balancing of conflicting interests) and investigate whether there is an excessive restriction of individual rights in relation to the legitimate aim. It should be underlined that if it is easy for plaintiffs to demonstrate the adverse impact and there are clear boundaries for the possibility of objective justification, supported by rigorous control of the compliance of the measure with the principle of proportionality, we have a better chance to fight at least the most visible manifestations of indirect discrimination.

Plik zabezpieczony watermarkiem jawnym i niejawnym: 4670253A31613163